DIE RECHTSKRAFT DES NEGATIVEN VERWALTUNGSAKTES

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Luzius Schmid
von Parpan und Tschiertschen

1978

1980 – difo druck – Bamberg

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548111_0006

DIE RECHTSKRAFT DES NEGATIVEN VERWALTUNGSAKTES

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Luzius Schmid

von Parpan und Tschiertschen

1980 – difo druck – Bamberg

Die Fakultät hat diese Arbeit am 11. Mai 1978 auf Antrag von Prof. Dr. Peter Saladin als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Meiner lieben Ursula

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	VII
Erlasse und Botschaften	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	XVII

1. TEIL

DER NEGATIVE VERWALTUNGSAKT (INSBESONDERE SEINE RECHTSKRAFT)

§ 1	Der negative Verwaltungsakt	1
I.	Zum Begriff des negativen Verwaltungsaktes	1
II.	Zur Abgrenzung des ablehnenden Verwaltungsaktes von verwandten Verwaltungsakten	6
	1. Der negative Verwaltungsakt als negative Feststellungsverfügung	6
	2. Selbständige Ablehnungen durch Verwaltungsakt und verfahrensmäßig unselbständige Weigerungen	9
	2.1 Ablehnende Einspracheentscheide	9
	2.2 Pflichtbegründung bzw. Ablehnung der Pflichtbefreiung	10
III.	Ablehnende Verwaltungsakte bezüglich nicht antragsbedingter Begünstigungen	12
§ 2	Die Rechtskraft des negativen Verwaltungsaktes	14
I.	Begriffe	14
	1. Vorbemerkung	14
	2. Rechtskraft	15
	2.1 Verbindlichkeit und Endgültigkeit	15
	2.2 Die Verbindlichkeit	15
	2.3 Die relative Endgültigkeit	16
	2.4 Die Rechtskraft als bloß relative Endgültigkeit	17

3. Materielle und formelle Rechtskraft 19
4. Die Rechtsbeständigkeit 22

II. Zur Grundlage der Rechtskraft von Verwaltungsakten 26
1. Zur Funktion des Verwaltungsaktes 26
1.1 Orientierungssicherheit anhand des Einzelentscheids 26
1.2 Verwaltungsökonomische Notwendigkeit des Verwaltungsaktes 30
2. Zur graduellen Ausgestaltung der Rechtskraft von Verwaltungsakten 32
3. Rechtskraft und Legalitätsprinzip 35

III. Die Ablehnung als rechtskräftiger Verwaltungsakt 36
1. Das Fehlen einer Beziehung zwischen dem Inhalt der Anordnung und deren Rechtskraft 36
2. Die Rechtskraft des Verwaltungsaktes als Korrelat seiner befristeten Anfechtbarkeit 39
3. Ablehnungen ohne Rechtskraft 43

§ 3 Die spezifische Wirkungsweise der Rechtskraft negativer Verwaltungsakte 49

I. Die Verbindlichkeit des negativen Verwaltungsaktes 49
II. Die Konsumtion des Anspruches auf einen neuen Sachentscheid über denselben Gegenstand durch den ablehnenden Verwaltungsakt 55
1. Der Grundsatz 'ne bis in idem' 55
2. Der Grundsatz 'ne bis in idem' in der Gerichtspraxis 56
2.1 Entscheide, in denen der Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen oder verneint ist 56
2.2 Entscheide, die den Grundsatz im Zusammenhang mit Ausnahmen implizieren 58
2.3 Zum Zusammenhang des 'ne bis in idem' mit der Befristung der Anfechtbarkeit 63
3. Verhältnis der Rechtskraft ablehnender Verwaltungsakte zu gesetzlich vorgesehenen Nachzahlungsansprüchen 68

4. Die Weigerung der Verwaltung, einen Verwaltungsakt auf neuen Antrag hin zu überprüfen bzw. in Wiedererwägung zu ziehen (Nichteintretensentscheid) 70

5. Neue identische Verwaltungsakte (Zweitbescheide) und ihre Anfechtbarkeit 73

§ 4 Die Revision im Zusammenhang mit dem negativen Verwaltungsakt 77

I. Die Revidierbarkeit ablehnender Verwaltungsakte 77

II. Die Revisionsgründe 84

1. Allgemeine Skizze 84

2. Neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel 85

2.1 "Tatsachen" 86

2.2 "Neue" Tatsachen und Beweismittel 87

2.3 Die Erheblichkeit der neuen Tatsachen bzw. Beweismittel 90

§ 5 Die Nichtigkeit des negativen Verwaltungsaktes 92

I. Begriffliche Möglichkeit nichtiger negativer Verwaltungsakte? Auswirkungen der Nichtigkeit eines ablehnenden Verwaltungsaktes 92

II. Die Nichtigkeitsgründe 95

§ 6 Der Verzicht der Verwaltung auf die Rechtskraft 101

I. "Verzicht" höchstens nach pflichgemäßen Ermessen 101

II. Die Abwägung zwischen Rechtssicherheits- und Rechtsmäßigkeitsinteresse als Ermessensrahmen? 104

§ 7 Die Form des negativen Verwaltungsaktes 111

I. Der stillschweigende Verwaltungsakt ablehnenden Inhalts? 111

II. Die einzelnen Formerfordernisse 115

2. TEIL

DIE TRAGWEITE DER RECHTSKRAFT

§ 8 Einleitung 122

§ 9 Die Identität des Antrages 124

I. Ausgangslage 124

II. Bestimmtheit des Antrages bzw. der Ablehnung 125

1. Grundsatz, formuliert anhand des Bestimmtheitserfordernisses im Zivilprozeß 125

2. Das Bestimmtheitserfordernis hinsichtlich des Antrages im Verwaltungsverfahren 126

3. Die Ablehnung bestimmter bzw. unbestimmter Anträge 128

4. Folgerung 132

III. Der Grad der Identifizierung des Verfügungsgegenstandes durch den abgelehnten Antrag 132

IV. Die inhaltliche Identität des neugestellten Antrages mit dem abgelehnten 136

1. Grundsatz 136

2. Äußerlich gleichlautende Anträge 136

3. Äußerlich verschieden lautende Anträge 137

V. Besondere Fälle 144

1. Der neue Antrag ist im abgelehnten der Quantität nach enthalten 145

2. Der neue Antrag ist im abgelehnten der Art nach enthalten 148

3. Der neue Antrag auf ein Leistungsbegehren ist im abgelehnten positiven Feststellungsbegehren enthalten 152

4. Der neue Antrag ist im abgelehnten der Dauer nach enthalten 154

4.1 Einleitung 154

4.2 Zeitlich unbeschränkte Dauerrechtsverhältnisse 155

4.3 Periodische Dauerrechtsverhältnisse 156

§ 10 Die Identität des Sachverhaltes 162

I. Einleitung 162

II. Die Rechtsbeständigkeit der Ablehnung 164

1. Der Begriff der Rechtsbeständigkeit 164

2. Die Konstanz des Sachverhalts als Kriterium der Rechtsbeständigkeit 165

2.1 Das entscheidungserhebliche Sachverhaltselement 165

2.2 Die Entscheidungsgründe 169

3. Absolute und relative Rechtsbeständigkeit 169

3.1 Grundlage und Unterscheidung 169

3.2 Die absolute Rechtsbeständigkeit 173

3.3 Die relative Rechtsbeständigkeit 183

3.31 Einleitung 183

3.32 Die relative Rechtsbeständigkeit beim Hinzutreten bzw. Wegfallen des bei der erfolgten Ablehnung fehlenden bzw. vorliegenden Sachverhaltselements 184

3.33 Die relative Rechtsbeständigkeit bei allmählich sich verändernden Sachverhaltselementen 187

3.331 Erläuterung des Grundsatzes anhand von beispielsweise angeführten veränderlichen Sachverhaltselementen 187

3.332 Die wesentliche Sachverhaltsveränderung bei allmählicher Veränderung des erstmals zur Ablehnung führenden Sachverhaltselements 192

3.333 Die Sachverhaltsveränderung als Kriterium der Eintretensfrage 196

3.4 Fälle zeitlich fixierter Rechtsbeständigkeit 201

3.41 Einleitung 201

3.42 Die revisionsfreien Zeiten 201

3.43 Beispiel einer durch die Verwaltungspraxis fixierten Rechtsbeständigkeit 203

3.44 Die Rechtsbeständigkeit ablehnender Verfügungen über Fähigkeitsprüfungen 204

4. Die Rechtsbeständigkeit trotz wesentlicher Sachverhaltsveränderung (die materiellrechtlichen Kriterien der Rechtsbeständigkeit) 205

§ 11 Die Identität des anwendbaren Rechts 208

I. Bei unveränderter Rechtslage 208

II. Bei nachträglich veränderter Rechtslage 209

III. Änderung der Verwaltungspraxis bzw. der Rechtsprechung 211

§ 12 Die Tragweite der Rechtskraft in subjektiver Hinsicht 216

I. Einleitung 216

II. Die Identität des Antragstellers 218

1. Der Antragsteller 218

2. Die Rechtsnachfolger 221

LITERATURVERZEICHNIS

(zugleich Zitier-Schlüssel)

ANTONIOLLI Walter, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954

ARNDT Gottfried, Die Versagung des Zweitbescheids, Deutsches Verwaltungsblatt 1971, 86. Jg., S. 252 ff

AUBERT Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, Vol. I, Neuchâtel 1967

BACHOF Otto, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Juristenzeitung (21. Jg. der Deutschen Rechts-Zeitschrift und der Süddeutschen Juristenzeitung), S. 600 ff, Tübingen 1966. Zit.: BACHOF, Rechtsprechung, JZ 1966, Nr.

- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1966. Zit.: BACHOF, Verfassungsrecht

BEETSCHEN Bruno, Die materielle Rechtskraft der Verwaltungsverfügungen, Diss. Zürich 1923

BERNATZIK Edmund, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1888

BETTERMANN Karl August, Über die Wiederaufnahme abgeschlossener Verwaltungsverfahren, Festschrift für Hans Wolff, München 1973

- Verwaltungsakt und Richterspruch, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955. Zit.: BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch

BLUM Rudolf E./PEDRAZZINI Mario M., Das schweizerische Patentrecht, Kommentar zum Bundesgesetz vom 25. Juni 1954, Bd. III, 2. Aufl., Bern 1975. Zit.: BLUM/PEDRAZZINI, Kommentar, Bd. III, zu Art.

BOSSHART Dieter Rudolf, Die Anfechtungsobjekte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen, Diss. Zürich 1965

BRIDEL Marcel, L'autorité des décisions des caisses privées dans l'assurance contre la maladie, Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, S. 59 ff, Basel 1972

BULLINGER Martin, Zur Bestandeskraft belastender Verwaltungsakte, Juristenzeitung (18. Jg. der Deutschen Rechts-Zeitschrift und der Süddeutschen Juristenzeitung), S. 466 ff, Tübingen 1963

ECKERT Adam-Claus, Die Wiederaufnahme des Verfahrens im schweizerischen Strafprozeßrecht, Schriften zum Strafrecht, Bd. 19, Berlin 1974

FORSTHOFF Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973

GERMANN Oskar Adolf, Zur Problematik der Ermessensentscheide, Festgabe für Erwin Ruck, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, S. 173 ff, Basel 1952. Zit.: GERMANN, Ermessensentscheide

GIACOMETTI Zaccharia, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates), Bd.. I, Zürich 1960

GRISEL Andre, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970

GRUNSKY Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970

GULDENER Max, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Zürich 1958

GYGI Fritz, Beiträge zur Lehre vom Verwaltungsakt, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Bd. 78 I, 1959, S. 379 ff. Zit.: GYGI, ZSR 1959 I

- Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zu verwaltungsrechtlichen Grundfragen, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Jg. 102, S. 121 ff, Bern 1966, Zit.: GYGI, ZbJV 1966

- Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Grundriß und Textausgabe, 2. Aufl., Bern 1974 Zit.: GYGI, Verwaltungsrechtspflege

GYGI Fritz und STUCKI Rudolf, Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bern 1962. Zit.: GYGI/STUCKI, Art.

GYSIN Arnold, Die Durchsetzung von Leistungsansprüchen im Bereich der sozialen Sicherheit, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, 18. Jg., S. 1 ff, Bern 1974, Zit.: GYSIN, SZS 1974

HEIKE Herwart, Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, Die öffentliche Verwaltung, 15. Jg., S. 416 - 418, Stuttgart 1962. Zit.: HEIKE, DOeV 1962

JESCH Dietrich, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Diss. Erlangen 1956

IMBODEN Max, Der nichtige Staatsakt, Eine verwaltungsrechtliche Studie, Zürich 1944. Zit.: IMBODEN, Der nichtige Staatsakt

- Gutachten zu Händen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zur Frage des Ausbaus der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Küsnacht ZH 1951. Zit.: IMBODEN, Gutachten

- Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Grundfragen, Bd. I., 3. Aufl., Basel und Stuttgart 1968. Zit.: IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung I

- Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Besondere Fragen, Organisation und Verfahren, Bd. II, 3. Aufl., Basel und Stuttgart 1969. Zit.: IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung II

IMBODEN Max/RHINOW René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976

KOELZ Alfred, Prozeßmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozeß, Diss. Zürich 1973

KRAUSE Peter, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Schriftenreihe zum öffentlichen Recht, Berlin 1974

KRUOG Bernhard, La demande de reconsidération des décisions administratives, Thèse Fribourg 1974

KUMMER Max, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht (Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Heft 311, Neue Folge), Bern 1954. Zit.: KUMMER, Klagerecht

- Grundriß des Zivilprozeßrechts, Nach den Prozeßordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 2. Aufl., Bern 1974. Zit.: KUMMER, Grundriß

LARENZ Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969. Zit. LARENZ, 2. Aufl.

- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975. Zit.: LARENZ, 3. Aufl.

LEUTENEGGER Paul B., Das formelle Baurecht der Schweiz, Schriftenreihe Wohnungsbau/8 d, Bern 1974

MATILE Jacques, Essai sur l'autorité des décisions administratives, Thèse Lausanne 1952

MARTENS Joachim, Der Anspruch auf Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes, Neue juristische Wochenschrift, 16. Jg., Bd. II 1856, München, Berlin, Frankfurt am Main 1963

MARTI Hans, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Bd. 81, IIb, S. 1 ff, Basel 1962

MAURER Alfred, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. Aufl., Bern 1963. Zit.: MAURER, A.

MAURER Hartmut, Die Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte, Die öffentliche Verwaltung, 19. Jg., S. 477 ff, Stuttgart 1966. Zit.: MAURER, H., DOeV 1966

MENGER Christian-Friedrich, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv, Bd. 53 (1962), S. 273 ff. Zit.: MENGER, Verw. Arch., Jg. 1962

- Verwaltungsarchiv, Bd. 54 (1963, S. 198 ff. Zit.: MENGER, Verw. Archiv, Jg. 1963

- Verwaltungsarchiv, Bd. 56 (1965), S. 81 ff. Zit. MENGER, Verw. Archiv, Jg. 1965

PFENNINGER H. F., Ne bis in idem im schweizerischen Strafprozeßrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 27, Jg. 1964

REINHARDT Klaus, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge 291, Zürich 1968

RUCK Erwin, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 1951

SALADIN Peter, Der Widerruf von Verwaltungsakten, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 58, Basel 1960

- Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, Schweizerischer Juristenverein, Referate zum Schweizerischen Juristentag 1975 (Die bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahren, Hundert Jahre Bundesgericht 1875 - 1975)

THEUERKAUF Horst, Abänderung unanfechtbarer Verwaltungsakte und Drittinteressen, Deutsches Verwaltungsblatt, 79. Jg., S. 386 ff, Köln/Berlin 1964

WOLFF Hans J./BACHOF Otto, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974. Zit.: WOLFF

ZAUGG Aldo, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Bern 1971

ZIPPELIUS Reinhold, Das Wesen des Rechts, 3. Aufl., München 1973

ERLASSE UND BOTSCHAFTEN

Erlasse des Bundes

SR 101	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1974 (BV)
SR 141.0	Bundesgesetz vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts
SR 142.20	Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer
SR 142.211	Bundesratsbeschluß vom 10. April 1946 über Einreise und Anmeldung der Ausländer
SR 162.2	Bundesgesetz vom 17. Juni 1948 betreffend Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse
SR 172.010	Bundesgesetz vom 26. März 1914 über die Organisation der Bundesverwaltung
SR 172.02	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwG)
SR 172.221.10	Bundesgesetz vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (Beamtengesetz)
SR 172.221.101	Beamtenordnung I vom 10. November 1959
SR 173.110	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG)
SR 210	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB)
SR 211.432.1	Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (GBVO)
SR 232.14	Bundesgesetz vom 15. Juni 1954 betreffend die Erfindungspatente (Patentgesetz)
SR 311.0	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB)
SR 413.12	Reglement vom 17. Dezember 1973 für die eidgenössische Maturitätsprüfung
SR 443.12	Vollziehungsverordnung II vom 28. Dezember 1962 zum Bundesgesetz über das Filmwesen

SR 510.10	Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907
SR 510.301.1	Verordnung des EMD vom 27. November 1965 über die Verwaltung der schweizerischen Armee
SR 511.11	Verordnung vom 20. August 1951 über die Aushebung der Wehrpflichtigen
SR 520.1	Bundesgesetz vom 23. März 1962 über den Zivilschutz
SR 520.11	Verordnung vom 24. März 1964 über den Zivilschutz
SR 642.21	Bundesgesetz vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer
SR 661	Bundesgesetz vom 12. Juni 1959 über den Militärpflichtersatz
SR 661.1	Vollziehungsverordnung vom 20. Dezember 1971 zum Bundesgesetz über den Militärpflichtersatz
SR 784.101	Verordnung I vom 10. Dezember 1973 zum Telegrafen- und Telefongesetz (Allgemeine Bestimmungen und Konzessionsordnung)
SR 814.20	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz)
SR 814.201	Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972
SR 831.10	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG)
SR 831.101	Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV)
SR 831.20	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG)
SR 831.201	Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV)
SR 832.01	Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG)
SR 832.21	Verordnung II vom 3. Dezember 1917 über die Unfallversicherung
SR 833.1	Bundesgesetz vom 20. September 1949 über die Militärversicherung

SR 910.1 Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Landwirtschaftsgesetz)

SR 916.112. 226.5 Bundesbeschluß vom 17. Dezember 1952 (verlängert am 28. Juni 1972) über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel

SR 932.11 Bundesgesetz vom 26. September 1890 betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnung von Waren und der gewerblichen Auszeichnung (Markenschutzgesetz)

SR 951.31 Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Anlagefonds

Erlasse der Kantone

Zürich

Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 24. Mai 1959 (Verwaltungsrechtspflegegesetz ZH)

Bern

Gesetz über Grundsätze des verwaltungsinternen Verfahrens sowie die Delegation von Verwaltungsbefugnissen des Regierungsrates vom 7. Juni 1970.

Dekret vom 10. Februar 1970 über das Baubewilligungsverfahren

Luzern

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972

Schwyz

Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974

Zug

Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen

Solothurn

Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15. November 1970

Basel-Stadt

Gesetz betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. April 1976

Basel-Land

Gesetz über die Organisation der Staats- und Bezirksverwaltung und das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden des Kantons und der Bezirke vom 28. April 1958 (Organisationsgesetz BL)

Schaffhausen

Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971

St. Gallen

Gesetz vom 16. Mai 1965 über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz SG)

Wirtschaftsgesetz vom 26. Februar 1945

Aargau

Gesetz vom 9. Juli 1968 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Aargau (Verwaltungsrechtspflegegesetz AG)

Tessin

Legge di procedura per le cause administrative del 19 aprile 1966

Wallis

Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976

B u n d e s r e p u b l i k D e u t s c h l a n d

Verwaltungsgerichtsverordnung vom 21. Januar 1960 (VwGO)

Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. Mai 1976 (VwVfG)

B o t s c h a f t e n

- Botschaft des Bundesrates vom 24. September 1965 über das Verwaltungsverfahren (Art. 60 - 63 VwG), BBl 1965 II, S. 1372 f

- Botschaft des Bundesrates vom 5. Juni 1961 zu Art. 30 Abs. 1 KUVG, BBl 1961 I, S. 1496

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.101
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidgenössische Gesetzessammlung); ab 1948: Sammlung der eidgenössischen Gesetze
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848 - 1947
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101
BVerw.GE	Entscheidungen des deutschen Bundesverwaltungsgerichts
Diss.	Dissertation
DOeV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EVED	Eidgenössisches Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement
EVG	Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
GBVO	Verordnung betreffend das Grundbuch, SR 211.432.1
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, SR 831.20
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung, SR 831.201
JZ	Juristenzeitung
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung, SR 832.01
MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung, SR 833.1
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, SR 173.110

SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden
VwG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, SR 172.02
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960, Bundesgesetzblatt I, S. 17 (Bundesrepublik Deutschland)
ZbJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

E I N L E I T U N G

Als Einstieg in die zu behandelnde Thematik mögen folgende zwei Zitate aus der schweizerischen Rechtsliteratur dienen:

IMBODEN[1]:

> "Da ein negativer Entscheid[2] begrifflich weder vollstreckbar ist noch rechtsgestaltend zu wirken vermag, stellt er weder an sich noch in Verbindung mit anderen Grundsätzen eine Norm dar. Er kann daher weder gültig noch ungültig und somit auch nicht nichtig sein".

GIACOMETTI[3]:

> "Das Problem der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit der Verwaltungsakte entsteht nicht im Falle des negativen Verwaltungsaktes, bei der Ablehnung des Erlasses einer Verfügung. Denn der negative Verwaltungsakt erlischt naturgemäß mit seiner Bekanntmachung, indem er dann gegenstandslos wird. Er vermag ja keine Rechtsauswirkungen zu entfalten."

Diesen Äußerungen zufolge ist der negative Verwaltungsakt, d.h. die Ablehnung eines Antrages des Bürgers durch die Verwaltung, ein Entscheid ohne weitere rechtliche Relevanz, wenn man davon absieht, daß er den verfahrensrechtlichen Anspruch auf einen Entscheid erfüllt; dieser Anspruch steht demjenigen Antragsteller zu, der ein schutzwürdiges Interesse am Entscheid über seinen Antrag hat.

Eine nähere Analyse der Rechtsprechung und die Besinnung auf die gesetzlich abgesteckte Funktionsweise des Verwaltungsaktes zeigen jedoch, daß selbst dem negativen Verwaltungsakt die Fähigkeit zugedacht ist, Rechtswirkungen zu erzeugen. Allein schon die Tatsache, daß die Eröffnung des negativen Verwaltungsaktes (im Falle seiner Anfechtbarkeit) den Lauf der Rechtsmittelfrist auszulösen vermag, weist darauf hin, daß seine Rechtserheblichkeit weiter reicht als die rechtliche

---

1) IMBODEN, Der nichtige Staatsakt, S. 23
2) Aus dem Zusammenhang des Textes geht hervor, daß IMBODEN den negativen Verwaltungsakt meint
3) GIACOMETTI, S. 422

Relevanz einer bloßen (verfahrensrechtlichen) Erfüllungshandlung. Wer abstrakt (d.h. vom jeweiligen Inhalt losgelöst) die Rechtswirkungen eines Staatsaktes bezeichnen will, stößt unweigerlich auf den Begriff der Rechtskraft. Die Rechtskraft bezeichnet die Funktionsweise eines jeden hoheitlichen Einzelfallentscheids, des Urteils wie des Verwaltungsakts. Der Inhalt des Entscheids bleibt dabei unmaßgeblich. Das ist für die vorliegende Arbeit die Hypothese, die am Beispiel des negativen Verwaltungsaktes verifiziert werden soll.

Die Untersuchung der Rechtskraft des negativen Verwaltungsaktes - als eines durch seinen besonderen Inhalt spezifizierten Entscheids der Verwaltung - stößt deshalb auf Schwierigkeiten, weil um die Rechtskraft von Verwaltungsakten so gut wie alles umstritten ist. Es fehlt am Konsens über die einschlägigen Begriffe und vor allem über die Finalität der Rechtskraft. Weit verbreitet ist die Meinung, die Rechtskraft stehe im Dienst des Vertrauensschutzes. Danach dürfe ein Entscheid nicht ohne weiteres abgeändert werden, wenn sein Adressat auf seine Beständigkeit vertraut habe. Diese Überlegung versagt gerade im Hinblick auf den negativen Verwaltungsakt, weil er - mit Ausnahme von Randerscheinungen - kein schützenswertes Vertrauen erzeugt und dennoch - wie wir sehen werden - Rechtskraftwirkung entfaltet. Der Antragsteller bedarf in seinem allfälligen Vertrauen, daß die Ablehnung rechtmäßig sei, nicht des Schutzes, wenn es um die Berichtigung der Ablehnung geht, deren Rechtswidrigkeit sich nachträglich herausgestellt hat; ebensowenig ist generell das Vertrauen der Verwaltung auf die Richtigkeit der Ablehnung je zu schützen.

Die Rechtskraft will - richtig betrachtet - nicht Vertrauen schützen, sondern der Diskussion um die Richtigkeit des Entscheids ein Ende setzen und ihm Verbindlichkeit verleihen. Das Bedürfnis nach Abschluß der Infragestellung eines getroffenen Entscheids ist existenziell; es besteht allgemein, nicht nur im Bereich der hoheitlichen Einzelfallentscheidung.

So gesehen hat die Rechtskraft auch für den negativen Verwaltungsakt einen Sinn, denn unter die Diskussion um die Richtigkeit eines Entscheids muß unabhängig von seinem Inhalt ein Schlußstrich gezogen werden können. Die Richtigkeit des negativen Verwaltungsaktes ist nicht weniger verschiedenen Meinungen ausgesetzt als die eines positiven Entscheids.

Daneben bedarf es in gewissen Fällen ohne Zweifel des Vertrauensschutzes, wenn es um die Berichtigung oder Abänderung von Verwaltungsakten geht. Doch dieser Vertrauensschutz ist differenziert auszugestalten und muß nicht nur dort, wo das Vertrauen auf Verwaltungsakte im Spiele steht, eingreifen. Schützenswertes Vertrauen kann auch das Handeln einer Verwaltungsbehörde erzeugen, das nicht als Verwaltungsakt aufzufassen ist[4]. Jedenfalls gewährleistet die Rechtskraft einen genügend differenzierten, dem einzelnen Fall gerecht werdenden Vertrauensschutz nicht, da sie die Funktionsweise des hoheitlichen Einzelfallentscheids schlechthin bezeichnet, unabhängig davon, ob er Vertrauen erzeugt oder nicht und ob das erzeugte Vertrauen schützenswert ist oder nicht.

Zu Beginn der Untersuchung (§ 1) wird der Begriff des negativen Verwaltungsaktes definiert, womit die Thematik für die weiteren Ausführungen ungefähr umrissen ist. In der Folge können allerdings die Rechtskraft und die mit ihr zusammenhängenden Begriffe (Rechtsbeständigkeit, Revision und Nichtigkeit, Grenzen der Rechtskraft) nicht isoliert in ihren für den negativen Verwaltungsakt besonderen Wirkungsweisen dargestellt werden. Es muß jeweils Rückgriff genommen werden auf den Verwaltungsakt als solchen. Um die Themastellung nicht zu überziehen, wird jedoch stets versucht, die besonderen Aspekte des negativen Verwaltungsaktes in den Vordergrund zu rücken und allgemeinere Gesichtspunkte möglichst straff abzuhandeln. So sind z.B. die Revision und die Nichtigkeit Rechtsbegriffe, die im Zusammenhang mit dem Verwaltungsakt allgemein wesentlich sind und die bezüglich des negativen

4) Grundlegend hiezu: KRAUSE, S. 62 f

Verwaltungsaktes wenige Besonderheiten aufweisen; dennoch kann nicht von einer kurzen Darstellung der Revisions- bzw. Nichtigkeitsgründe Umgang genommen werden, wenn in der Abfolge der Ausführungen die notwendige Kohärenz gewährleistet sein soll.

Die Thematik bedingt entsprechend eine gedrängte Darstellung der Rechtskraft von Verwaltungsakten im allgemeinen. (§ 2 I und II). In einem weiteren Abschnitt wird die Einordnung der Ablehnung in die Begriffsstruktur des Verwaltungsakts vorgenommen (§ 2 III). Die Wirkungsweise der Rechtskraft negativer Verwaltungsakte weist Besonderheiten auf, die in § 3 erörtert werden. Mit der Rechtskraft begrifflich unlösbar verbunden sind die Revision (§ 4) und die Nichtigkeit (§ 5). Die Revision der Entscheidung erfolgt unter bestimmten normativen Voraussetzungen in Durchbrechung der Rechtskraft. Nichtigkeit bedeutet das Fehlen von Rechtskraft wegen gravierender Fehlerhaftigkeit der Entscheidung. - Ferner stellt sich die Frage, ob die Verwaltung auf die Rechtskraft verzichten kann, wenn der Antragsteller darum nachsucht (Wiedererwägungsgesuch) (§ 6). - Die Rechtskraft bedingt, daß der Verwaltungsakt formgerecht eröffnet wird, weshalb im Anschluß an die Ausführungen über Rechtskraft und Nichtigkeit eine kurze Darstellung der Formerfordernisse hinzugefügt wird (§ 7).

Die Rechtskraft will, daß Entschiedenes nicht erneut zur Entscheidung gelangt. Es fragt sich in Grenzfällen vor einer Entscheidung vielfach, ob das zu Entscheidende nicht bereits entschieden ist. Es geht hier um die Grenzen der Rechtskraft, die im 2. Teil behandelt werden[5]. Eine große

---

5) Vgl. hiezu § 8, Einleitung zum II. Teil;

Rolle spielt diesbezüglich der Zeitablauf, während dem der Sachverhalt, auf dem die erste Entscheidung fußt, sich verändern kann. In diesem Zusammenhang kommt der Begriff der Rechtsbeständigkeit zum Zuge[6].

Die Arbeit berücksichtigt dem Grundsatz nach das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes und beschränkt sich im wesentlichen auf die Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichts (einschließlich des Eidg. Versicherungsgerichts) und des Bundesrates (VEB). Hier und dort wird auf andere Gesetze und Entscheide hingewiesen, wobei entsprechende Aufzählungen nicht Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

6) Eingeführt ist dieser Begriff bereits in § 2 I 4, S. 22; vgl. ferner § 10 II, S. 164

1. Teil

DER NEGATIVE VERWALTUNGSAKT

(INSBESONDERE SEINE RECHTSKRAFT)

§ 1 DER NEGATIVE VERWALTUNGSAKT

I. ZUM BEGRIFF DES NEGATIVEN VERWALTUNGSAKTES

1. Der Begriff des Verwaltungsaktes hat sich in der Gesetzgebung[1], Rechtsprechung[2] und Doktrin[3] im wesentlichen gefestigt, wenngleich hier und dort terminologische Verschiedenheiten zu verzeichnen sind oder die einzelnen Begriffselemente unterschiedlich akzentuiert werden. Die Verwaltungsverfügung (der Ausdruck Verwaltungsakt bezeichnet im allgemeinen dasselbe; in dieser Arbeit wird er mit Verwaltungsverfügung oder Verfügung synonym verwendet) ist eine von einer Verwaltungsbehörde oder einer anderen mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betrauten Person ausgehende Anordnung im Einzelfall, die als hoheitlicher Akt ein konkretes und individuelles Rechtsverhältnis in grundsätzlich verbindlicher, definitiver und erzwingbarer Weise regelt[4].

Freilich bestehen bei der Abgrenzung der einzelnen Begriffselemente vielfach Auslegungsschwierigkeiten, auf die vor allem SALADIN[5] hinweist. Eine umfassende Auseinandersetzung mit diesen Fragen ist für die

1) Definitionen enthalten z.B. Art. 5 VwG; § 20 des Gesetzes vom 15. Nov. 1970 über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen des Kantons Solothurn; § 4 des Gesetzes vom 3. Juli 1972 über die Organisation des Verwaltungsgerichts und die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Luzern; § 6 der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Schwyz
2) z.B. BGE 98 Ib 462 f
3) GYGI, ZSR 1959 I, S. 388; derselbe, Verwaltungsrechtspflege, S. 25 f und S. 97; GRISEL, S. 191; GIACOMETTI, S. 336 ff
4) GYGI, ZSR 1959 I, S. 388; derselbe, Verwaltungsrechtspflege, S. 25
5) SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht, S. 313 ff

vorliegende Untersuchung jedoch nicht geplant. Wo unter dem Gesichtspunkt ihrer Thematik die Beantwortung entsprechender Abgrenzungsfragen nicht zu umgehen ist, wird im jeweiligen Zusammenhang Einläßlicheres auszuführen sein. Völlig ausgeklammert bleiben Erörterungen über die Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht (nur sich auf öffentliches Recht stützende Anordnungen sind Verwaltungsakte) sowie über den Begriff des Einzelfalls (Abgrenzung zwischen "Verwaltungsakt", "Plan" und "Erlaß").

Nach dem Muster des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (Art. 5) lassen sich die Verwaltungsakte entsprechend ihrer Inhalte unterteilen in solche, die

a) die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten,

b) die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten oder die

c) Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder Nichteintreten auf solche Begehren

zum Gegenstand haben.

Die unter c) genannten Anordnungen sind die ablehnenden oder negativen Verfügungen, die Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden.

2.1 Durch die negative Verfügung wird verbindlich festgestellt, daß der private Antragsteller von der Verwaltung nicht eingeräumt erhält, was und wieviel er will und beantragt hat. Die Verwaltungsbehörden sind im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit umfassend befugt, Rechtsverhältnisse mit Privaten positiv oder negativ durch Verfügung zu regeln[6]. Entsprechend kann die Ablehnung durch Verfügung die verschiedensten Inhalte aufweisen. Zur Illustration seien im folgenden einige Beispiele genannt:

a) Leistungsverweigerungen aller Art, so Verweigerungen von Sozialversicherungsleistungen oder von Subventionen

b) Verweigerung der Erlaubnis bei polizeilichen oder wirtschaftspolizeilichen Verboten mit Erlaubnisvorbehalt, z.B. die Verweigerung der Baubewilligung

c) Ablehnung, eine Tatsache öffentlich-rechtlich zu beurkunden oder in ein öffentlich-rechtliches Register einzutragen. Eine Verfügung, mit welcher abgelehnt wird, einem Antrag entsprechend eine Tatsache zu beurkunden bzw. zu registrieren, verneint nicht in erster Linie die Existenz dieser Tatsache, sondern verweigert die Begründung der Rechtswirkungen, welche die Beurkundung bzw. Registrierung dieser Tatsache hervorriefe. Eine solche Weigerung kann in der Inexistenz der betreffenden Tatsache begründet sein, aber auch in fehlenden materiellrechtlichen Voraussetzungen der beantragten Beurkundung bzw. Registrierung von an sich existierenden Fakten.

aa) Die Ablehnung, eine Marke ins Markenregister einzutragen, verweigert den an die Eintragung geknüpften Markenschutz.

---

6) Vgl. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 26, und hinten, § 2 III 3, S. 43, wo auf die Ausnahmen näher eingegangen wird.

bb) Die Abweisung der Anmeldung zur Eintragung ins Grundbuch, die aufgrund ausdrücklicher Bestimmung rechtskräftig wird[7]), verweigert die Begründung der an die Grundbucheintragung geknüpften Rechtsfolgen.

d) Verweigerung von Fähigkeitsausweisen

e) Verweigerung von Konzessionen

f) Verweigerung der Einräumung von Kontingenten

g) Abweisung von Namensänderungsgesuchen durch die Regierung des Heimatkantons[8])

h) Die Ablehnung des Zuschlages im öffentlichen Submissionsverfahren[9])

i) Die Nichtverlängerung (Kündigung) von öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen kann durch Verfügung ausgesprochen werden. Sie bezieht sich auf den - etwa fingierten - Antrag, das Anstellungsverhältnis zu erneuern[10]).

k) Die Feststellung der Bundeskanzlei, daß eine Volksinitiative die nötige Anzahl gültiger Unterschriften nicht aufweise[11]). Der Inhalt des abgelehnten Antrages lautet als solcher nicht etwa auf die Revision der Verfassung, sondern auf Einleitung des Verfassungsrevisionsverfahrens im formulierten Sinn. Antragsteller ist das Initiativkomitee. Die unterzeichneten Stimmbürger sind hinsichtlich der beantragten Verfügung nicht Antragsteller; daraus läßt sich allerdings nicht das Fehlen der Beschwerdebefugnis der Unterzeichner gegen die Verfügung, durch die die Anhandnahme der Initiative verweigert worden ist, ableiten. Verfügungskompetente Behörde ist im Bund die Bundeskanzlei[12]).

---

7) Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch, SR 211.432.1
8) Art. 30 ZGB; vgl. BGE 70 I 216 ff
9) Vgl. § 2 III 3.3, S. 46
10) Vgl. § 2 III 3.3, S. 46
11) Vgl. BGE 100 Ib 1 ff
12) BGE 100 Ib 3 f

2.2 Eine Ablehnung ist auch in der teilweisen Gutheißung eines Antrages enthalten. Der abgelehnte Teil ist Inhalt eines mit dem gutheißenden Entscheid verschmolzenen negativen Verwaltungsaktes.

a) Wird z.B. eine Rente auf 25 % anstatt auf 100 % festgesetzt, werden 75 % durch negativen Verwaltungsakt abgelehnt[13]).

b) Wird die Vergütung der Spesen für eine Hin- und Rückreise pro Monat zum Besuch einer Sonderschule durch Verwaltungsakt zugesprochen, nachdem die Spesenvergütung für zwei monatliche Hin- und Rückreisen verlangt worden ist, liegt darin eine durch Verfügung ausgesprochene teilweise Ablehnung[14]).

c) Teilweise Ablehnung durch Verwaltungsakt ist auch die Abfindung statt der beantragten Ausrichtung einer Hinterlassenenrente[15]).

d) Eine verselbständigte teilweise Ablehnung durch Verwaltungsakt ist die im Sozialversicherungsrecht anzutreffende Kürzungsverfügung. Eine Kürzungsverfügung wird auf dem Gebiet der obligatorischen Unfallversicherung angeordnet, wenn bei einem versicherten Unfallereignis ein Dritt- oder Selbstverschulden mitgewirkt hat[16]) oder wenn auf die Schädigung unfallfremde Faktoren nachteilig Einfluß nehmen[17]). "Eine auf Grund des Art. 98 Abs. 3 KUVG erlassene Kürzungsverfügung stellt inhaltlich eine definitive, teilweise Ablehnung der Entschädigungspflicht dar."[18]). Die Kürzung erfolgt unter Angabe des Prozentsatzes, um den mit Ausnahme der Bestattungskosten sämtliche Versicherungsleistungen für denselben Unfall gekürzt werden[19]). Ausnahmsweise erfolgt die Kürzung wegen unfallfremder Faktoren horizontal, d.h. bezüglich der Dauer der Leistungen[20]).

---

13) z.B. EVG 1944, S. 3; EVG 1951, S. 165 ff
14) EVG 1963, S. 210 ff
15) EVG 1957, S. 38 ff
16) Art. 98 Abs. 3 KUVG
17) Art. 91 Abs. 3 KUVG
18) EVG 1961, S. 114; vgl. MAURER, A., S. 368, FN. 36a
19) MAURER, A., S. 318
20) MAURER, A., S. 304 f

e) Eine durch Verwaltungsakt angeordnete teilweise Ablehnung enthält auch die Konzessionserteilung oder Bewilligung mit Auflagen und Bedingungen, da der Antragsteller an einer unbelasteten Konzession bzw. Bewilligung interessiert ist[21].

II. ZUR ABGRENZUNG DES ABLEHNENDEN VERWALTUNGSAKTES VON VERWANDTEN VERWALTUNGSAKTEN

1. Der negative Verwaltungsakt als negative Feststellungsverfügung

Der ablehnende Verwaltungsakt nimmt per definitionem Bezug auf den mehr oder weniger präzis gefaßten Antrag[22] eines Privaten, indem er einen solchen Antrag gänzlich oder teilweise ablehnt[23]. Ein den ablehnenden Verwaltungsakt auszeichnendes Moment ist daher der Umstand, daß die Initiative zu seinem Erlaß jeweils vom Privaten und nicht von der Verwaltung ausgeht. Ohne die private Initiative, ergriffen mittels des Antrags, kommt es nie zu einem negativen Verwaltungsakt. Die Verwaltung wird dazu erst durch den Antrag veranlaßt, den der Private nach seinem Belieben stellen oder nicht stellen kann.

Das will nicht heißen, daß die Verwaltung nicht selbst aus eigener Initiative an einer negativen Feststellung interessiert sein kann, die gleichfalls zum Inhalt eines ablehnenden Verwaltungsakts gemacht werden könnte. Ergreift die Verwaltung ohne Antrag des Privaten die Initiative zur Feststellung, es bestehe ein Recht des betroffenen Privaten nicht, trifft sie eine Feststellungsverfügung im Sinne von

---

21) Vgl. BGE 71 I 196
22) Vgl. zur Bestimmtheit des Antrages § 9 II, S. 125
23) Nicht ein negativer Verwaltungsakt (Entscheid) liegt vor, wenn die Behörde aus eigener Initiative oder auf Antrag hin den Verzicht auf die Vornahme einer belastenden Maßnahme verfügt, wie BOSSHART, S. 20, meint, da es sich dabei nicht um eine Ablehnung handelt.

Art. 5 Abs. 1 lit. b des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Feststellung des "Nichtbestehens von Rechten"). Sowohl die negative Verfügung[24] wie auch die negative Feststellungsverfügung[25] enthalten eine negative Feststellung. In der Art ihres Inhaltes unterscheiden sich die beiden Verwaltungsakte insofern nicht. Als negative Feststellungsverfügung spezifiziert sich der negative Verwaltungsakt jedoch dadurch, daß er durch den Antrag eines Privaten veranlaßt wird.

> Das Bundesgericht[26] schreibt in diesem Zusammenhang: "Die Bankenkommission hat am 26. April 1971 'verfügt', daß sie auf diese Begehren nicht eintrete, weil sie angenommen hat, der Anleger habe kein Recht darauf, daß die Aufsichtsbehörde über die Anlagefonds solche von ihm gestellte Anträge materiell prüfe und in einem ihm zu eröffnenden Sachentscheid beurteile. Damit hat sie eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b und c VwG getroffen, nämlich eine Anordnung in einem Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes (...) stützt und die 'Feststellung des Nichtbestehens von Rechten' (der Anleger) sowie das 'Nichteintreten auf Begehren um Aufhebung von Rechten und Pflichten' (des von der Aufsichtsbehörde eingesetzten Sachwalters und der von diesem beigezogenen Revisionsstelle) zum Gegenstand hat."
> Die Bankenkommission hat also uno actu eine negative Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b VwG und eine negative Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c VwG getroffen. Den Ausführungen des Bundesgerichts ist bloß beizufügen, daß ein Verwaltungsakt, der seinem Inhalt nach unter Art. 5 Abs. 1 lit c VwG fällt (Abweisung von Begehren, bzw. Nichteintreten auf Begehren) stets eine negative Feststellungsverfügung ist und auch unter Art. 5 Abs. 1 lit. b VwG (Feststellung des Nichtbestehens von Rechten) subsumiert werden kann.

Die Verwaltung kann einem allfälligen Antrag eines Privaten durch Erlaß einer negativen Feststellungsverfügung zuvor-

---

24) Art. 5 Abs. 1 lit. c VwG
25) Art. 5 Abs. 1 lit. b VwG
26) BGE 98 Ib 57

kommen, wenn sie aus besonderem Anlaß ein eigenes Interesse daran hat, das Nichtbestehen eines öffentlichen Rechts dieses Privaten durch Verfügung festzustellen. Das ist etwa in der Leistungsverwaltung denkbar, kann in ähnlicher Weise aber z.B. durch Mißachtung eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt eine Handlung vorzunehmen. In solchen Fällen konkretisiert die Bewilligungsbehörde das Verbot, indem sie aus eigener Initiative feststellt, es bestehe kein Recht auf Ausführung der fraglichen Handlung, wenn das Vorhaben offensichtlich nicht bewilligt werden könnte. Im allgemeinen wird die Bewilligungsbehörde jedoch das Verbot mit dem Hinweis konkretisieren, es bedürfe zur Ausübung einer Bewilligung, um die zunächst noch nachgesucht werden müsse. Insoweit behält sie das Ergebnis des Bewilligungsverfahrens durch negativen Feststellungsakt vor; im Falle eines negativen Ausgangs kommt es zur negativen Verfügung.

Eine negative Feststellungsverfügung stellt z.B. auch die Einreisesperrverfügung[27] dar. Die Initiative für die Einreisesperrverfügung, in der festgestellt wird, daß das Recht zur Einreise nicht bestehe, geht jeweils von der Verwaltung aus. Das Korrelat zur Einreisesperrverfügung in Form des ablehnenden Verwaltungsakts kann die Visumsverweigerung bilden, sofern die Einreise überhaupt visumspflichtig ist[28]. Wo keine Visumspflicht besteht, fehlt es an Anlässen für eine entsprechende Ablehnung. Ausnahmen bilden die Verweigerung der Ermächtigung, die Landesgrenze trotz bestehender Einreisesperrverfügung ausnahmsweise zu überschreiten[29],

---

27) Vorgesehen in Art. 13 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, SR 142.20; vgl. z.B. VEB 1956, S. 103 ff

28) Vgl. Art. 2 des Bundesbeschlusses vom 19. April 1946 über Einreise und Anmeldung der Ausländer, SR 142.211

29) Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, SR 142.20

oder, im Falle des Bestehens einer Einreisebeschränkung, die Verweigerung der Ermächtigung, zu einem bestimmten Zweck einzureisen.

2. Selbständige Ablehnungen durch Verwaltungsakt und verfahrensmäßig unselbständige Weigerungen

2.1 Ablehnende Einspracheentscheide

Keine ablehnende Verfügung liegt vor, wenn die Ablehnung in einem Eingriffsakt gegenüber dem Antragsteller aufgeht, so in gewissen Fällen der abweisende Einspracheentscheid.

Vielfach ist die Einsprache als ordentliches Rechtsmittel gegen eine (provisorische) Verfügung institutionalisiert, das der Verfügungsadressat innert einer Frist beim magistratus a quo vorgängig der Beschwerde[30] einzureichen hat, wenn er sich gegen die Verfügung wehren will, so insbesondere im Steuerverwaltungsverfahren[31]. Die Abweisung einer derartigen Einsprache stellt keinen ablehnenden Verwaltungsakt dar. Die Ablehnung geht im positiven Eingriffsakt auf.

Desgleichen ist die Abweisung der Einsprache gegen Pläne (Zonenpläne) keine ablehnende Verfügung. Die Einsprache dient als Mittel, im Planungsverfahren den Gehörsanspruch auszuüben[32]. Die Abweisung der Einsprache geht im (positiven) Planungsakt auf.

Andere Einsprachen wehren sich gegen Verfügungen, die die Verwaltung Dritten eventuell zugutekommen lassen will.

---

30) Vgl. Art. 46 lit. b VwG
31) Vgl. HOEHN, Steuerrecht, S. 319, N. 31; z.B. Art. 42 des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer, SR 642.21
32) Vgl. ZAUGG, Art. 41, N. 2

> "Die öffentlichrechtliche Einsprache ist der von einem Kreis vielfach normativ bestimmter Dritter während der zeitlich genau festgelegten Auflage- und Einsprachezeit schriftlich gestellte und begründete Antrag, mit dem rechtliche und tatsächliche Einwendungen gegen einen vorgesehenen, noch nicht gefällten Entscheid geltend gemacht werden."[33]

> Sie ist vor allem als Baueinsprache vorgesehen, die die Baubewilligungsbehörde dazu anhalten will, das Baugesuch eines Dritten aus öffentlichrechtlichen Gründen abzuweisen[34].

Die Abweisung der Dritteinsprache stellt inhaltlich das Korrelat zur Baubewilligungserteilung dar und hat insofern keine selbständige Bedeutung. Sie ist jedoch gegenüber der Baubewilligungserteilung dadurch verselbständigt, daß sie sich an einen anderen Adressaten, an den Einsprecher, richtet und demzufolge formell von der Baubewilligungserteilung getrennt ist. So gesehen stellt sie eine negative Verfügung dar, gegen die der Einsprecher Beschwerde erheben kann. Hat er die Einsprache innert der gehörig publizierten Einsprachefrist unterlassen, kann er gegen die Baubewilligung nicht Beschwerde erheben[35].

2.2 Pflichtbegründung bzw. Ablehnung der Pflichtbefreiung

Die Nichtbefreiung von der Pflicht zur persönlichen Militärdienstleistung kann sowohl in einer Eingriffsverfügung aufgehen als auch Inhalt einer selbständigen negativen Verfügung sein (Abweisung des Begehrens auf Aufhebung einer Pflicht[36]). Die Diensttauglichkeit wird zunächst regel-

---

33) LEUTENEGGER, S. 309
34) LEUTENEGGER, S. 309
35) Vgl. zu den entsprechenden kantonalen Regelungen LEUTENEGGER, S. 345 ff
36) Art 5 Abs. 1 lit. c VwG

mäßig anläßlich der Aushebung oder der ordentlichen sanitarischen Eintrittsmusterung festgestellt oder verneint[37]. Die Initiative zu diesen Verfahren liegt bei der Militärverwaltung. Die Weigerung der Militärverwaltung, einen Militärdienstpflichtigen in diesen Verfahren für dienstuntauglich und nicht persönlich militärdienstpflichtig zu erklären, bildet keinen selbständigen negativen Verwaltungsakt. Die Weigerung geht vielmehr in der als Eingriffsverfügung aufzufassenden Feststellung der persönlichen Militärdienstpflicht auf.

Im Verlaufe der persönlichen Militärdienstpflicht kann der Wehrmann jederzeit aus gesundheitlichen Gründen als dienstuntauglich erklärt werden[38]. Will der Wehrmann eine solche Erklärung erwirken, muß er unter Beilage eines ärztlichen Zeugnisses das Gesuch stellen, vor der Untersuchungskommission erscheinen zu können. Sowohl die Ablehnung dieses Gesuches wie auch die Weigerung der Untersuchungskommission, die Dienstuntauglichkeit festzustellen, sind ablehnende Verwaltungsakte, da sie auf Initiative des Wehrmannes hin zustandegekommen sind. Es handelt sich um die Abweisung eines Begehrens auf Aufhebung einer Pflicht[39].

Von der Pflicht zur Leistung des Militärpflichtersatzes kann der Pflichtige aus gewissen Gründen befreit werden[40]. Der Entscheid über die Ersatzpflicht ist gegenüber der Veranlagung verselbständigt, mag er zeitlich auch mit der ersten

---

37) Vgl. Art. 5 der Militärorganisation vom 12. April 1907 der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 510.10; Art. 2 der Verordnung vom 20. August 1951 über die Aushebung der Wehrpflichtigen, SR 511.11; Art. 165 ff der Verordnung vom 27. November 1965 über die Verwaltung der schweizerischen Armee, SR 510.301.1

38) Art. 15 der Militärorganisation, SR 510.10

39) Art. 5 Abs. 1 lit. c VwG

40) Art. 4 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 1959 über den Militärpflichtersatz, SR 661

Veranlagung zusammenfallen. Durch ihn wird eine dauernde, von den besonderen Verhältnissen des einzelnen Veranlagungsjahres grundsätzlich unabhängige Rechtslage festgestellt[41]. Der erstmalige Entscheid stellt eine Eingriffsverfügung bzw. eine negative Feststellungsverfügung (Feststellung, daß die Ersatzpflicht nicht bestehe) dar. Wehrt sich der Pflichtige gegen die Begründung der Ersatzpflicht und weist die Behörde einen entsprechenden Antrag ab, erläßt sie keine negative Verfügung. Die Ablehnung der Nichtbefreiung geht in der Pflichtigerklärung auf.

Später kann der Ersatzpflichtige jederzeit beantragen, daß sein Anspruch auf Abgabebefreiung oder auf Ermäßigung der Ersatzabgabe mit Wirkung für noch nicht rechtskräftig abgeschlossene Veranlagungen überprüft werde[42]. Die Ablehnung eines entsprechenden Antrages ist eine negative Verfügung. Es wird das Begehren um Aufhebung einer Pflicht abgelehnt[43].

III. ABLEHNENDE VERWALTUNGSAKTE BEZÜGLICH NICHT ANTRAGSBEDINGTER BEGÜNSTIGUNGEN

Die negative Verfügung ist antragsbedingt: sie nimmt per definitionem auf einen Antrag Bezug[44]. Sie ist indes nicht nur dort anzutreffen, wo über antragsbedingte Begünstigungen entschieden wird. Durch den Antrag kann die Behörde auf einen Sachverhalt aufmerksam gemacht werden, der sie auch von Amtes wegen zum Entscheid veranlassen müßte. Wird der Antrag, der sich auf einen solchen Sachverhalt bezieht abgelehnt, liegt ebenfalls eine negative Verfügung vor, wenngleich der

41) BGE 81 I 8
42) Art. 33 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 20. Dezember 1971 zum Bundesgesetz über den Militärpflichtersatz, SR 661.1
43) Art. 5 Abs. 1 lit. c VwG
44) I 1 hievor, S. 1, II 1 hievor, S. 6

positive Entscheid von Amtes wegen hätte erfolgen müssen. Die Befugnis zur Antragstellung ist nicht auf die Sachbereiche beschränkt, in denen der Antrag gesetzlich vorgesehen ist; sie ist vielmehr immer dann gegeben, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Verfügung (Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsverfügung) nachweist[45]. Daher ist der Anwendungsbereich der Ablehnung durch Verfügung weiter als der Bereich, der die einzelnen Verwaltungszweige zusammenfaßt, innerhalb derer über antragsbedingte Ansprüche oder Begünstigungen entschieden wird.

Auf antragsbedingte Ansprüche oder Begünstigungen beziehen sich z.B. die Ablehnung des Baugesuches, die Konzessionsverweigerung oder die Verweigerung der Eintragung einer Marke ins Markenschutzregister. Nicht auf eine antragsbedingte Begünstigung zugunsten des Antragstellers bezieht sich z.B. die Verfügung über den Antrag eines Anlegers, der von der Bankenkommission verlangt, einer Revisionsgesellschaft sei die Bewilligung zur Tätigkeit als Revisionsstelle eines Anlagefonds zu entziehen[46]. Die Ablehnung des Antrages oder das Nichteintreten darauf ist eine negative Verfügung. Indes muß das, was den Antragsteller begünstigt, auch in einem ex officio veranlaßten Verfahren beschlossen werden[47], wenn es durch das Gesetz[48] im öffentlichen Interesse gefordert wird.

Die Ablehnung, wegen Dienstuntauglichkeit von der persönlichen Militärdienstpflicht zu befreien, lehnt nicht eine antragsbedingte Begünstigung ab. Die Militärverwaltung müßte die begründete Befreiung von der persönlichen Militärdienstpflicht auch dann verfügen, wenn der Wehrmann diese nicht beantragt hätte oder sich gar dagegen wehrte.

---

45) Art. 25 Abs. 2 VwG; BGE 98 Ib 59
46) BGE 98 Ib 53 ff
47) Vgl. den zit. BGE 98 Ib 57
48) Hier das Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über die Anlagefonds, SR 951.31

§ 2 DIE RECHTSKRAFT DES NEGATIVEN VERWALTUNGSAKTES

I. BEGRIFFE

1. Vorbemerkung

Bevor versucht wird, die Rechtskraft negativer Verwaltungsakte zu erfassen, muß eine Sprachregelung getroffen werden, da über die einschlägigen Begriffe (Rechtskraft, Rechtsbeständigkeit, Wiedererwägbarkeit, Widerruflichkeit, usw.) nicht Einigkeit herrscht. Meist sind widersprüchliche Aussagen über die Rechtskraft von Verwaltungsakten nur darauf zurückzuführen, daß unter Rechtskraft jeweils nicht dasselbe verstanden wird.

Die folgenden Begriffsbestimmungen erheben nicht Anspruch auf umfassende Auseinandersetzung mit der einschlägigen Literatur. Eine derartige Auslegeordnung wäre nur mit viel Mühe zu erreichen und nützte zudem nicht viel, da zuletzt doch mehr Verwirrung bestünde als Klärung[1)].

Das heißt allerdings nicht, daß die folgende Darstellung etwas ganz Neues bieten will. Es soll vielmehr versucht werden, diejenigen Definitionen zu treffen, von denen man annehmen kann, sie seien am weitesten verbreitet.

---

1) FORSTHOFF, S. 253: "Wollte man in dieses Labyrinth der Meinungen eindringen, so wäre das ein ebenso mühsames wie weitläufiges Unternehmen, das man freilich nicht scheuen dürfte, wenn sich nur auf diese Weise Klarheit über das Institut der Rechtskraft gewinnen ließe."

2. Rechtskraft

2.1 Verbindlichkeit und Endgültigkeit

Rechtskraft bedeutet Verbindlichkeit und relative Endgültigkeit des Entscheids. Rechtskraft kommt dem Zivilurteil, dem Strafurteil und dem Verwaltungsgerichtsurteil zu; ebenso muß vom Verwaltungsakt Rechtskraftwirkung ausgehen, wenn er als Rechtsinstitut überhaupt einen Sinn haben soll[2]. Der Rechtskraftsbegriff ist nicht je nach Rechtsgebiet, dem der Entscheid entstammt, verschieden. Rechtskraft bezeichnet die Funktionsweise eines jeden hoheitlichen Einzelentscheids.

2.2 Die Verbindlichkeit

Verbindlichkeit des Entscheids heißt Bindung der entscheidenden Instanz und des Adressaten sowie aller weiteren von ihm Berührten an seinen Inhalt[3], solange der Entscheid nicht durch einen neuen (Widerruf, contrarius actus, Berichtigung oder Anpassung an einen neuen Sachverhalt) ersetzt worden ist[4]. Gebunden sind die Beteiligten an den Inhalt unabhängig davon, ob er durch fehlerfreien oder fehlerhaften Entscheid festgelegt worden ist[5]. Ob ein Entscheid verbindlich ist, hängt gerade nicht von seiner materiellen Rechtsmäßigkeit ab[6], sondern davon, ob seine Geltungsvoraussetzungen erfüllt sind[7]. Die Verbindlichkeit schließt den un-

---

2) Vgl. II hienach. S. 26
3) GYGI, ZSR 1959 I, S. 400; KRAUSE, S. 147 ff; GIACOMETTI, S. 392 ff weil die Verbindlichkeit nach Maßgabe des Inhalts der Anordnung wirkt, nennt dieser Autor die Verbindlichkeit Inhaltswirkung.
4) FORSTHOFF, S. 251
5) GYGI, ZSR 1959 I, S. 400; KRAUSE, S. 147 ff, versteht offenbar unter Verbindlichkeit allein die Wirksamkeit des fehlerfreien Verwaltungsakts. In der Verbindlichkeit geht indes doch auch die Wirksamkeit trotz Rechtsmängeln auf. Wirksamkeit trotz Rechtsmängeln nennt KRAUSE Bindungskraft, vgl. S. 147 und 149 ff
6) Vgl. GYGI, ZSR 1959 I, S. 400/401
7) KRAUSE, S. 149/150

mittelbaren Rückgriff auf die "wahre" normative Rechtslage aus[8]. Unverbindlich bleibt allein derjenige Entscheid, der an einer evidenten und krassen Fehlerhaftigkeit leidet und deshalb nichtig[9] ist[10].

2.3 Die relative Endgültigkeit

Neben der Verbindlichkeit ist die Endgültigkeit das zweite Element des Rechtskraftsbegriffs. Endgültigkeit heißt, daß Entschiedenes nicht ein weiteres Mal zur Entscheidung geführt werden kann. Sie läßt sich sehr treffend mit der Formel 'ne bis in idem' ausdrücken, die allerdings außerhalb der Strafprozeßlehre wenig angeführt wird[11]. Es besteht jedoch kein Hindernis, diesen einprägsamen Satz auch für hoheitliche Einzelentscheide außerhalb des Strafprozesses zu verwenden[12]. Kern des Rechtskraftsbegriffs, wo auch immer er im Zusammenhang mit Einzelfallentscheiden verwendet wird, ist das 'ne bis in idem'.

Das 'ne bis in idem' wirkt sich als Sperrwirkung (res-iudicata-Wirkung) gegen einen neuen Entscheid in derselben Sache aus. Diese Sperrwirkung läßt sich mit anderen Worten auch als Ausschluß des Anspruches auf die Wiedererwägung oder Überprüfung umschreiben (Konsumtion des Anspruches auf einen Sachentscheid). Sie begründet die exceptio rei iudicatae.

---

8) KRAUSE, S. 152
9) "vorbehältlich der Nichtigkeit" GYGI, ZSR 1959 I, S. 401
10) Vgl. auch KRAUSE, S. 153
11) Vgl. jedoch KRAUSE, S. 175, der die Formel im Zusammenhang mit Verwaltungsakten anführt, so auch FORSTHOFF, S. 252
12) Wenngleich die Formel heute vor allem im Straßprozeßrecht als Duskussionshilfe verwendet wird, hat sie ihren Ursprung doch wohl eher im römischen Zivilprozeß. Nach JÖRS-KUNKEL-WAGNER, Römisches Privatrecht, 3. Aufl., S. 376, ist 'ne bis in idem' die geläufigere Form des alten Rechtsprichtwortes 'de eadem re ne bis sit in actio'. Vgl. auch BERNATZIK, S. 111

Fraglich ist, ob mit dem Wiedererwägungsanspruch auch die Wiedererwägbarkeit wegfällt: Darf die Behörde auf ihren Entscheid - aus eigenem Antrieb oder auf Gesuch hin - zurückkommen, wenn kein Wiedererwägungsanspruch der Betroffenen besteht? Bezüglich ablehnender Verwaltungsakte soll darauf später noch eingegangen werden[13].

2.4 Die Rechtskraft als bloß relative Endgültigkeit

Die Endgültigkeit des (rechtskräftigen) Entscheids ist in doppelter Hinsicht eine relative:

2.41 Zum einen stellt sich, wenn von irgendeiner Seite her die Initiative für einen neuen Entscheid ergriffen wird, die Frage, ob eadem rem vorliege. Es geht dabei um die Tragweite oder Grenzen der Rechtskraft.

In objektiver Hinsicht bezieht sich die Rechtskraft allein auf denselben Gegenstand des Entscheids (Streitgegenstand oder - im Falle der Verwaltungsverfügung - Verfügungsgegenstand) und auf die Anwendung des zum Zeitpunkt des Entscheids geltenden Rechts[14]. Unter subjektiven Kriterien gilt der Grundsatz 'res iudicata ius facit nisi inter partes'[15].

Der Gegenstand des Entscheids ist vor allem durch den Sachverhalt bestimmt. Verändert sich der Sachverhalt nachträglich, steht einem neuen Entscheid unter dem Gesichtspunkt des 'ne bis in idem' nichts mehr entgegen. Die Begrenzung der Rechtskraft ist besonders in der Zivilprozeßlehre Gegenstand äußerst einläßlicher Untersuchungen[16]. In der Diskussion um die Rechtskraft von Verwaltungsakten ist es wohl einer

13) Vgl. § 6, S. 101
14) Einläßlicheres hiezu § 9, S. 124, 10, S.162, und 11, S. 208
15) Einläßlicheres hiezu § 12, S. 216
16) Vgl. z.B. KUMMER, Klagerecht, S. 66 bis 218; GRUNSKY, S. 437 bis 483; GULDENER, S. 303 ff

der verwirrendsten Fehler, die Rechtskraft begrifflich mit der Unabänderlichkeit der durch Verwaltungsakt festgelegten oder abgelehnten Rechtsbeziehung gleichzusetzen, was weiter zur Folgerung führt, dem Verwaltungsakt sei keine Rechtskraft eigen, wenn er sich auf einen veränderlichen Sachverhalt stütze[17]. In diesem Zusammenhang darf es indes nicht darum gehen, Verwaltungsakten, die auf veränderlichen Sachverhalten beruhen, die Rechtskraft a priori abzuerkennen, sondern darum, die zeitliche Dimension der Rechtskraft (Rechtsbeständigkeit[18]) entsprechend der Sachverhaltsentwicklung einzugrenzen. Derart wird auch die Rechtskraft des Zivilurteils verstanden. Das Urteil, durch das z.B. eine Scheidungsklage, die sich auf den Zerrüttungstatbestand beruft, abgewiesen wird (in Analogie zum ablehnenden Verwaltungsakt wird als Beispiel ein klageabweisendes Zivilurteil angeführt), erwächst in Rechtskraft, obwohl der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt veränderlich ist. Solange sich die zum Zeitpunkt des abweisenden Urteils weniger gravierenden ehelichen Schwierigkeiten nicht wesentlich verschlimmert haben, bleibt dieses Urteil unabänderlich. Kein Zivilprozeßualist käme auf die Idee, einem derartigen abweisenden Urteil die Rechtskraft in deren Grenzen abzusprechen, weil es auf einem variablen Sachverhalt beruhe. Verschlimmert sich die Verstimmtheit unter den Ehepartnern wesentlich, so daß nunmehr von einer tiefen Zerrüttung als Scheidungsgrund gesprochen werden muß, ist das alte abweisende Urteil auf neue Scheidungsklage hin dem veränderten Sachverhalt durch ein neues Urteil ex nunc anzupassen[19].

Hier ist daher festzuhalten, daß die Veränderlichkeit vieler Sachverhalte - auf veränderlichen Sachverhalten beruhen Verwaltungsakte wohl häufiger als Zivilurteile - nicht gegen die

---

17) GYGI, ZSR 1959 I, S. 401; FORSTHOFF, S. 255
18) Vgl. § 10 II, S. 164
19) Vgl. darüber die Ausführungen von KUMMER, Klagerecht, S. 130 ff

Rechtskraft von Verwaltungsakten spricht; hiefür werden bezüglich des ablehnenden Verwaltungsaktes hinten Belege aus der Bundesgerichtspraxis angeführt. Es geht um die Eingrenzung der Rechtskraft in ihrer zeitlichen Dimension, d.h. um die Rechtsbeständigkeit[20].

2.1 Von einer bloß relativen Endgültigkeit des rechtskräftigen Entscheides muß zum andern insofern gesprochen werden, als sie unter Ausnahmebedingungen durchbrochen wird. Ausnahmen sind in diesem Zusammenhang die gesetzlichen oder durch die Praxis herausgebildeten Wiederaufnahme- oder Revisionsgründe. Überall, wo das Gesetz oder die Rechtsprechung für Entscheide (typisierte) Revisionsgründe vorsehen, ist die grundsätzliche Rechtskraftfähigkeit dieser Entscheide ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt, denn ohne daß eine Regel (ne bis in idem) gilt, haben Ausnahmen keinen Sinn. Zwischen Rechtskraft und Wiederaufnahme besteht ein Spannungsverhältnis, das für die Gestaltung der Wiederaufnahmegründe von Bedeutung ist[21].

Ferner greift bei schwerer Fehlerhaftigkeit des Entscheids Nichtigkeit ein, die die Endgültigkeit ebenfalls relativiert. Die Nichtigkeit steht in einem ähnlichen Spannungsverhältnis zur Rechtskraft wie die Wiederaufnahme. Nichtigkeit bedeutet fehlende Rechtskraft wegen gravierender Fehlerhaftigkeit des Entscheids[22].

3. Materielle und formelle Rechtskraft

Der Ausschluß des Wiedererwägungs- oder Überprüfungsanspruches ('ne bis in idem' oder 'res iudicata'-Wirkung) gegenüber der den Entscheid fällenden Behörde drückt sich in der

---

20) Vgl. § 10 II, S. 164
21) ECKERT, S. 16; Näheres hiezu § 4, S. 77
22) Näheres hiezu § 5, S. 92

materiellen Rechtskraft aus.

Formelle Rechtskraft des Entscheids bedeutet zum einen seine Unanfechtbarkeit bei einer im Rechtsmittelzug funktionell übergeordneten Instanz, indem kein ordentliches Rechtsmittel vorgesehen oder das vorgesehene Rechtsmittel innerhalb der Beschwerdefrist nicht ergriffen worden und demzufolge verwirkt ist[23]. Zur formellen Rechtskraft gehört zudem die Vollstreckbarkeit des Entscheids, soweit er nach Maßgabe seines Inhalts überhaupt vollstreckungsbedürftig ist, was bei ablehnenden Verwaltungsakten nicht der Fall ist.

Die Unanfechtbarkeit ist Voraussetzung der Vollstreckbarkeit (z.B. Art. 39 lit. a VwG), soweit diese nicht zeitlich vorverlegt ist, wenn dem Rechtsmittel keine Suspensivwirkung zukommt oder ihm diese Wirkung entzogen worden ist[24]. Vollstreckbare aber noch anfechtbare oder angefochtene Entscheide sind noch nicht formell rechtskräftig. Einem allgemein anerkannten Sprachgebrauch zufolge heißt formelle Rechtskraft Vollstreckbarkeit und Unanfechtbarkeit[25].

Die Bezeichnung des Begriffpaares formelle Rechtskraft-materielle Rechtskraft ist insofern unglücklich, als damit der Anschein erweckt wird, die beiden Begriffe verhielten sich zueinander wie die Form zum Inhalt[26] oder die formelle Rechtskraft entspringe dem formellen (Verfahrensrecht), die materielle Rechtskraft hingegen dem materiellen Recht. Beide Begriffe sind indes auf der Ebene des Verfahrensrechts angesiedelt. Die formelle Rechtskraft schließt das Verfahren ab, die materielle wendet sich gegen ein neues Verfahren in derselben Sache[27]. Beide Begriffe abstrahieren vom jeweiligen

---

23) Vgl. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 25 und S. 162 f
24) Vgl. hiezu WALTHER, S. 149 ff
25) RUCK, I. S. 96; WOLFF, S. 442 f, lit. a; GULDENER, S. 301; KUMMER, Grundriß, S. 126
26) Was z.B. FORSTHOFF, S. 252, als verfehlt erachtet.
27) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 162 f

Inhalt des Entscheids und sind auf dieselbe rechtsformale Zwecksetzung ausgerichtet: Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit sowie Endgültigkeit und Unanfechtbarkeit des Entscheids.

Der Unterschied zwischen materieller und formeller Rechtskraft wird im Verwaltungsrecht im allgemeinen überschätzt. Vielfach heißt es, die Verwaltungsakte erwüchsen zwar in formelle, nicht aber in materielle Rechtskraft. Das ist widersinnig, denn ohne materielle Rechtskraft (Ausschluß des Wiedererwägungs- oder Überprüfungsanspruches gegenüber der primären Instanz) ist die formelle Rechtskraft (Unanfechtbarkeit) zwecklos. Formelle und materielle Rechtskraft bedingen einander gegenseitig.

In den folgenden Ausführungen wird der Ausdruck Rechtskraft, sofern nichts anderes vermerkt ist, stets im Sinne der materiellen Rechtskraft verwendet.

Möglicherweise ist der Ausdruck "materielle Rechtskraft" auf die sog. materiellrechtliche Rechtskraftstheorie zurückzuführen. Über die Art, wie die materielle Rechtskraft wirkt, war die Dogmatik früher zerstritten[28]. Nach der materiellrechtlichen Rechtskraftstheorie wird mit Eintritt der Rechtskraft eines Entscheids die Rechtslage diesem entsprechend nachgebildet, so daß es keine rechtswidrigen Urteile geben könne. Auf den ablehnenden Verwaltungsakt bezogen würde das heißen, daß dieser nach Eintritt der Rechtskraft nicht bloß die Weiterverfolgung des Rechts ausschließe, sondern dieses Recht vernichte, falls es bei richtiger Rechtsanwendung bestanden hätte.

Die prozeßuale Rechtskraftstheorie hingegen verneint den Einfluß des Entscheids auf die materielle Rechtslage. "Die Rechtskraft eines unrichtigen Urteils verändere das materielle Recht nicht, sondern bilde lediglich ein Hindernis dafür, in

---

28) Vgl. GRUNSKY, S. 429 f und KUMMER, Klagerecht, S. 136 ff

einem zweiten Prozeß ein dem materiellen Recht gemäßes Urteil zu erlassen."[29]

Der Theoriestreit ist nun verebbt. Er ist als einer unfruchtbaren Begriffsjurisprudenz entsprungen disqualifiziert worden[30]. Für die Frage nach den subjektiven Rechtskraftgrenzen[31] konnte weder die eine noch die andere Theorie in allen Grenzbereichen eine einwandfreie Lösung sichern[32]. Für unseren Zusammenhang genügt daher die Feststellung, daß sowohl die formelle wie auch die materielle Rechtskraft formale Prinzipien festhalten und im Verfahrensrecht begründet liegen; das Verfahrensrecht bestimmt die Ausgestaltung und Tragweite der Rechtskraft. Es hat indes selbstverständlich auch Auswirkungen auf die "materielle Rechtsposition" der vom Entscheid betroffenen Parteien, sonst hätte es ja keinen Sinn.

4. Die Rechtsbeständigkeit

Mit dem Begriff der Rechtsbeständigkeit wird in dieser Arbeit das Problem angesprochen, inwiefern der Bestand einer Verfügung bzw. deren Inhalt wegen nachträglicher Veränderung der Entscheidungsgrundlagen in Frage gestellt werden muß oder darf.

Entscheidungsgrundlagen sind der Sachverhalt und die anwendbaren Rechtsnormen. Die Rechtsbeständigkeit einer Verfügung hängt primär von der Konstanz des beurteilten Sachverhalts[33] und - unter bestimmten Bedingungen - von der Konstanz der angewandten Rechtsnormen[34] ab. Ins Blickfeld tritt vor allem der Sachverhalt, der entsprechend seiner Konstanz bzw. Veränderlichkeit auf die Rechtsbeständigkeit der Verfügung einwirkt.

---

29) GRUNSKY, S. 430
30) z.B. durch GRUNSKY, S. 430; KUMMER, Klagerecht, S. 136
31) Vgl. § 12, S. 216
32) KUMMER, Klagerecht, S. 137
33) Näheres hiezu § 10 II, S. 164
34) Näheres hiezu § 11 II, S. 209

Insoweit widerspiegelt die Rechtsbeständigkeit das 'ne bis in idem', das den Anspruch auf einen neuen Entscheid ausschließt, solange der Sachverhalt konstant bleibt. Andererseits steht das 'ne bis in idem' bei verändertem Sachverhalt einem neuen Entscheid nicht entgegen (nicht mehr 'eadem res'). Die Frage der Rechtsbeständigkeit der Verfügung ist damit jedoch noch nicht abschließend beantwortet. Der Anpassung[35] einer zum Zeitpunkt ihres Erlasses an sich fehlerfreien Verfügung an den veränderten Sachverhalt können schützenswerte Interessen entgegenstehen, weshalb der Verwaltungsakt eine Änderung durch neuen Verwaltungsakt unter Umständen nicht erträgt.

Auf die nicht einheitlich verwendete Terminologie kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden; im allgemeinen wird in diesem Zusammenhang auch vom Widerruf des Verwaltungsaktes gesprochen, wobei allerdings nicht einheitlich herausgestellt wird, daß unter Widerruf nicht auch die Korrektur des ursprünglich fehlerhaften Verwaltungsaktes gemeint ist, sondern bloß die Anpassung an eine nachträglich eingetretene Änderung der Sach- oder Rechtslage. WOLFF[36] versteht unter Widerruf die Beseitigung eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes durch die erlassende Behörde außerhalb eines Rechtsbehelfs- oder Aufsichtsverfahrens. Ebenso bezieht FORSTHOFF[37] den Begriff Widerruf nur auf fehlerfreie Verwaltungsakte, während er[38] andererseits im Zusammenhang mit rechtswidrigen Verwaltungsakten von der Rücknahme spricht, ebenso WOLFF[39]. SALADIN[40] macht ausdrücklich keinen Unterschied, ob der Fehler von Anfang an bestanden habe oder erst später durch Veränderung des Tatbestandes eingetreten sei; die Verschiedenheit der Fehlerquelle sei für die Frage der Wi-

---

35) Zur Terminologie "Anpassung/Berichtigung" IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung I, S.183; nun IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Auflage, wo im Unterschied zur früheren Auflage von "Rücknahme", "Revision", "Berichtigung" und "Anpassung" gesprochen wird. Der Ausdruck "Berichtigung" wird nur für die Kanzleifehler vorbehalten.

36) WOLFF, S. 449

37) FORSTHOFF, S. 264

38) FORSTHOFF, S. 261

39) WOLFF, S. 38; das neue bundesdeutsche Verwaltungsverfahrensgesetz hat sich dieser Terminologie angeschlossen, vgl. § 48 und 49 VwVfG

40) SALADIN, Widerruf von Verwaltungsakten, S. 117

derruflichkeit grundsätzlich unmaßgeblich. Ebenso macht HANGARTNER[41]) bezüglich des Widerrufsbegriffs keinen Unterschied, ob der Widerrufsgrund ursprünglich vorhanden ist, also in der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes liegt, oder ob er erst nachträglich (geänderte rechtliche oder tatsächliche Verhältnisse) eintritt. Bei IMBODEN/RHINOW wird "Widerruf" als "Rücknahme" fehlerhafter und auch als "Anpassung" ursprünglich fehlerfreier Verfügungen verstanden[42]). M.E. sollte die Korrektur des ursprünglich fehlerhaften Verwaltungsaktes durch die erlassende Behörde, also außerhalb des ordentlichen Rechtsmittelzuges, als Revision[43]) bezeichnet werden und nicht als Widerruf.

Ob eine Verfügung über die Sachverhaltsveränderung hinaus rechtsbeständig ist, ist eine Frage des materiellen Verwaltungsrechts. Inwiefern Verfügungen die Anpassung an neue Gegebenheiten unter dem Aspekt des Rechtssicherheitsinteresses und des Vertrauensschutzes ertragen oder sich die Anpassung entgegen solcher Interessen aufdrängt, hat mit Rechtskraft nichts zu tun. Wenn es zu solcher Fragestellung kommt, ist die Eintretensfrage schon positiv entschieden und die Rechtskraftsfrage daher erledigt.

Der Begriff der Rechtsbeständigkeit, wie er in dieser Arbeit verwendet wird, befaßt sich also

a) mit der Konsequenz des 'ne bis in idem' für die Zeit nach Erlaß der Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Konstanz der Entscheidungsgrundlagen (Sachverhalt und Rechtssatz)

und darüber hinaus

b) mit der Konsequenz eines allfälligen weitergehenden Rechtssicherheitsbedürfnisses unter dem Gesichtspunkt der Interessenmomente (Vertrauensschutz), die im Einzelfall gegen die Anpassung der Verfügung an eine veränderte Entscheidungsgrundlage (Sachverhalt oder Rechtssatz) sprechen.

---

41) HANGARTNER, S. 25
42) IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Auflage, S. 244 ff und S. 269 ff
43) Ausführlicheres § 4, S. 77

Der Frage, welcher Autor den Ausdruck Rechtsbeständigkeit eingeführt hat, wird hier nicht einläßlich nachgegangen. Verwendet wird er jedenfalls durch FORSTHOFF[44]. FORSTHOFF überschreibt einen Paragraphen seines Lehrbuches des Verwaltungsrechts mit dem Titel "Rechtsbeständigkeit der Verwaltungsakte". Unter diesem Titel behandelt er "Die Rechtskraft" sowie "Rücknahme und Widerruf". Obwohl FORSTHOFF den Begriff Rechtsbeständigkeit nicht näher definiert, faßt er damit offenbar alle Faktoren, die im Positiven wie im Negativen auf den Bestand des Verwaltungsakts einwirken, zusammen. Er spricht von einer "der materiellen Rechtskraft nahe kommenden Rechtsbeständigkeit"[45] und meint damit wohl, daß die Rechtsbeständigkeit nicht derart starkt wirkt, wie die Rechtskraft. Nach der oben dargelegten und für die vorliegende Arbeit gültigen Definition umfaßt der Begriff Rechtsbeständigkeit jedoch mehr als die materielle Rechtskraft (ne bis in idem). Die Rechtsbeständigkeit befaßt sich auch noch mit der Abänderbarkeit der durch die Verfügung erzielten Rechtswirkungen nach eingetretener Veränderung der Verfügungsgrundlage, d.h. der normativen Rechts- bzw. der Sachlage.

In der schweizerischen Rechtsliteratur ist der Begriff Rechtsbeständigkeit nicht sehr verbreitet. Er wird allerdings von GYGI[46] angeführt. GYGI versteht darunter etwas Ähnliches wie die materielle Rechtskraft: "Die Verbindlichkeitswirkung umschließt die formelle Rechtskraftfähigkeit, die mit der Vollstreckbarkeit zusammenhängt, und die der materiellen Rechtskraftfähigkeit vergleichbare Rechtsbeständigkeit".

WOLFF[47] spricht von "Bestandskraft". Im Spannungsfeld zwischen Änderungsbedürftigkeit und Rechtssicherheit stehe die Problematik, "die heute meist unter dem Begriff der Bestandskraft von Verwaltungsakten erörtert wird und sich mit der Frage befaßt, unter welchen Umständen ein Verwaltungsakt zurückgenommen oder widerrufen werden darf oder muß." "Bestanskraft" dürfte sich mit "Rechtsbeständigkeit" wohl weitgehend decken, sehr wahrscheinlich werden die Begriffe sinngleich verwendet. KRAUSE[48] schreibt von einer "formellen Bestandskraft" und setzt sie offensichtlich mit der "formellen Rechtskraft" gleich. Im übrigen fehle es - so KRAUSE - für die Bindung des Verwaltungsaktes im Sinne der materiellen Rechtskraft, die er offenbar mit materieller Bestandskraft gleichsetzt, im allgemeinen an einer Grundlage und an einem Bedürfnis. Welcher Art ist diese Bindung nach dem Verständnis von KRAUSE?

---

44) FORSTHOFF, S.251 ff
45) FORSTHOFF, S. 258
46) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 25/26
47) WOLFF, S. 443
48) KRAUSE, S. 179

II. ZUR GRUNDLAGE DER RECHTSKRAFT VON VERWALTUNGSAKTEN

1. Zur Funktion des Verwaltungsaktes

Die Verwaltung ist darauf angewiesen, im Einzelfall (relativ) endgültige (ne bis in idem) Anordnungen selbst (einseitig) mit allseitiger Verbindlichkeit treffen zu können[49]. Aus dieser Angewiesenheit heraus ergab sich der Verwaltungsakt als "rechtstechnisches Zweckinstitut"[50]. Verbindlichkeit und relative Endgültigkeit (Rechtskraft) gehören aus dieser Sicht zur Funktionsweise des Verwaltungsakts.

Die Verwaltung ist unter zwei verschiedenen Aspekten auf die Verwaltungsverfügung als Regelungsform angewiesen. Der eine Aspekt berührt die grundlegende Notwendigkeit, durch juristische Einzelentscheidungen Orientierungs- und Rechtssicherheit für den Einzelfall schaffen zu können[51]. Der andere Gesichtspunkt erfaßt das verwaltungsökonomische Erfordernis, daß die Verwaltung diese Orientierungs- und Rechtssicherheit durch Einzelentscheidung selbständig, d.h. in hoheitlicher Kompetenz einseitig herzustellen befugt ist[52].

1.1 Orientierungssicherheit anhand des Einzelentscheids

Hinsichtlich des erstgenannten Aspekts ist davon auszugehen, daß die kognitive Lösung auf den Einzelfall bezogener juristischer Probleme aufgrund der generell-abstrakten Rechtssätze nur im kaum anzutreffenden Idealfall möglich ist[53]. Das gilt sowohl bezüglich der richtigen Feststellung des Sach-

---

49) GYGI, ZSR 1959 I, S. 386 f
50) GYGI, ZSR 1959 I, S. 381 f
51) Im folgenden 1.1, S. 26
52) Im folgenden 1.2, S. 30
53) Vgl. ZIPPELIUS, S. 130

verhaltes wie auch der richtigen Auslegung der einschlägigen Rechtsnormen. Daher wären juristische Einzelfallentscheidungen bar jeglichen Beharrungsvermögens immer wieder der Diskussion ausgesetzt; Entschiedenes könnte stets wieder zur Entscheidung geführt werden, wobei oft nicht auszumachen wäre, welcher Entscheid, der ältere oder der jüngere, in derselben Sache wahrhaft als der richtige erscheinen würde[54]. Diese Unzulänglichkeit haftet jedem juristischen Einzelentscheid genuin an, sei er ein Zivilgerichts-, Verwaltungsgerichts- oder ein Strafgerichtsurteil. Dasselbe trifft für rechtliche Einzelentscheidungen der Verwaltung zu.

Um diesem Mangel zu begegnen, behilft man sich des Grundsatzes, daß der Einzelentscheid unabhängig von seiner materiellen Rechtsgrundlage oder materiellen Rechtmäßigkeit verbindlich und endgültig ist. Dadurch sind auch unrichtige Entscheide gedeckt, soweit sie nicht an einer derart gravierenden Fehlerhaftigkeit leiden, die sie als nichtig erscheinen läßt. "War der Entscheid unrichtig, so geht die Verläßlichkeit der Entscheidung dem Interesse an der materiellen Richtigkeit vor."[55]

Ohne Verbindlichkeit und Endgültigkeit der hoheitlichen Einzelentscheidung ließen sich die Rechtssätze nicht verwirklichen. Könnte die Einzelentscheidung stets wieder unter Berufung auf die "wahre Rechtslage"[56] in Frage gestellt werden, würde die in den konkreten Fällen durch Einzelentscheidung festgestellte oder gestaltete Rechtsposition ihrer

---

54) Sofern man von der "für das menschliche Bewußtsein unausweichlichen Idee, daß der zeitlich spätere Gedanke auch der richtige Gedanke ist" KRAUSE, S. 162), absieht.
55) ZIPPELIUS, S. 130
56) Vgl. KRAUSE, S. 152

Durchsetzung immer wieder entgleiten, sobald sich gegen sie von einer Seite her Widerstand regt. So vermag erst die Rechtskraft (Verbindlichkeit und Endgültigkeit) des Zivilurteils die Verwirklichung des Zivilrechts zu gewährleisten[57]. Nichts anderes gilt für das Verwaltungsrecht. Auch die Verwirklichung des Verwaltungsrechts ist nur durch verbindliche und definitive Einzelentscheidung zu erreichen.

Dem Einzelentscheid wird Rechtskraft eingeräumt, um der Diskussion um seine materielle Rechtmäßigkeit ein Ende zu bereiten. Ohne die Rechtskraft wären auch "rechtmäßige Einzelentscheide" - ob sie rechtmäßig seien, steht an sich gerade zur Diskussion - in ihrem Bestand relativiert[58].

Daß die Verwaltungsrechtssätze der Verwaltung ein weit weniger straffes Programm für deren Einzelentscheidungen abgeben als das die Rechtssätze für den Richter vermögen[59], spricht nicht gegen die Notwendigkeit verbindlicher und definitiver Einzelentscheidungen im Bereiche des Verwaltungshandelns.

> "Der Verpflichtungseffekt wird dem Grundsatz nach erzielt unabhängig davon, ob und in welchem Ausmaße der Verwaltungsakt auf Grund einer Rechtsanwendung im eigentlichen Sinne zustande kommt."[60]

---

57) Wie KUMMER, Klagerecht, S. 62, einläßlich ausführt

58) Hinsichtlich der Verwaltungsakte MAURER, H., DOeV 1966, S. 487, 1. Sp., Vgl. auch BERNATZIK, S. 267: "Allein abgesehen davon, daß darüber, was Recht, was Unrecht ist, die Meinungen sehr geteilt sein können, würde die stete Repression die Sicherung des einmal fixierten Rechtszustandes geradezu ausschließen".

59) Vgl. GYGI, ZSR 1959 I, S. 386: "Eine weitere und wiederum grundlegende Abweichung vom Urbild des Verwaltungsaktes nach den Vorstellungen von OTTO MAYER ist ferner darin zu suchen, daß die moderne Verwaltung nicht nur im gesetzesakzessorischen Bereich der strengen normativen Bindung des Verwaltungshandelns auf das Mittel des Verwaltungsaktes greift, sondern auch dort, wo sie im Ermessensbereich oder kraft unbestimmter Gesetzesbegriffe Rechtsverhältnisse mehr oder weniger frei gestaltet." Vgl. auch BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, S. 361 ff; KRAUSE, S. 85 ff

60) GYGI, ZSR 1959 I, S. 390

Die Rechtskraft der rechtlichen Einzelentscheidung liegt nicht im Vertrauensschutz begründet; sie ist nicht das adäquate Mittel, den Schutz des Vertrauens auf den Bestand einer durch Einzelentscheid eingeräumten günstigen Rechtsposition zu verwirklichen. Der Einzelentscheid wird nicht rechtskräftig, weil das Vertrauen in ihn geschützt werden muß; er begründet gegebenenfalls vielmehr erhöhtes Vertrauen, weil er rechtskräftig ist, d.h. weil die Behörde durch ihn ihren Willen zum Ausdruck bringt, die Diskussion um seine Rechtmäßigkeit verbindlich und endgültig abgeschlossen zu haben[61]. Daß der vom Entscheid Begünstigte in seinem Vertrauen auf den Bestand der eingeräumten Rechtsposition unter Umständen geschützt werden muß, ist keine Frage[62]. Die Rechtskraft einer Anordnung bestimmt sich jedoch nicht danach, ob diese schützenswertes Vertrauen erzeugt hat.

> "Ob ein Akt schutzwürdiges Vertrauen erzeugen kann, bestimmt sich ... jeweils durch die Auslegung der rechtlichen Bedeutsamkeit eben dieses Aktes, nicht aber bestimmt sich die rechtliche Bedeutung des Aktes danach, ob er Vertrauen erzeugt hat."[63]

Schützenswertes Vertrauen können nicht allein rechtskräftige Entscheidungen begründen, sondern auch Verwaltungshandlungen, denen keine unmittelbare normative Wirkung eigen ist und die allein eine Tatsachenveränderung hervorrufen[64]. Zudem schlüge das Argument, das Vertrauen der Behörde, der Verwaltung oder des Staates zu schützen, in den allerwenigsten Fällen durch, wenn es um die Zulässigkeit der Berichtigung eines ablehnenden Einzelentscheids auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts ginge[65].

---

61) Vgl. die entsprechenden allgemeineren Ausführungen über Rechtshandlung und Vertrauensschutz von KRAUSE, S. 62 ff
62) KRAUSE, S. 64
63) KRAUSE, S. 63 f
64) KRAUSE, S. 64
65) Vgl. MAURER, H., DOeV 1966, S. 485, r. Sp.

> Die Rechtskraft als Funktion der Einzelentscheidungen wäre entbehrlich, wenn deren Tenore aufgrund des Gesetzes durch bloße logische Deduktion unzweifelhaft bestimmbar wären, weil so die Rechtsmäßigkeit des Entscheids stets schlüssig nachprüfbar und nicht der Diskussion ausgesetzt wäre. Das gilt gleicherweise für das Zivilurteil wie für den Einzelfallentscheid auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts (Verwaltungsakt und Verwaltungsgerichtsurteil). Es bestehen zwischen diesen und anderen juristischen Einzelfallentscheiden keine genuin-strukturellen Unterschiede, die hier die Rechtskraft notwendig und dort unzweckmäßig erscheinen lassen. Zwar wären auch bei logischer Deduktionsmöglichkeit Fehlentscheide (Fehlrechnungen) möglich. Es bedürfte des Schutzes des Vertrauens, das Fehlentscheide begründete, deren Fehler nicht unmittelbar erkennbar wären. Doch dieser Vertrauensschutz müßte differenziert ausgestaltet sein und wäre sachgerecht nicht durch Rechtskraft zu erreichen, die institutionell die Funktionsweise der Einzelentscheidung charakterisiert.

Somit ist die Rechtskraft der Einzelentscheidung keine Frage der Rechtspolitik, sondern ein Erfordernis der Rechtslogik[66].

1.2 Verwaltungsökonomische Notwendigkeit des Verwaltungsaktes

Dem Gesagten[67] zufolge erfordert die Rechtslogik die Rechtskraft von Einzelentscheiden. Allein dieses Erfordernis führt noch nicht zwingend zum Institut des Verwaltungsakts als rechtskräftiger Anordnung. Die Verwaltung bzw. der Bürger könnten an den Richter verwiesen sein, um nötigenfalls die einzelnen Verwaltungsrechtsverhältnisse durch Urteil rechtskräftig festlegenzulassen. Verbindlichkeit könnte die Verwaltung zudem in gewissen Fällen durch den Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge erreichen. Gegen die Angewiesen-

66) KUMMER, Klagerecht, S. 64, FN 2, hinsichtlich des Zivilurteils
67) Ziff. 1.1. hievor, S. 26

heit der Verwaltung auf solche Verfahren sprechen jedoch im allgemeinen Gründe der Verwaltungsökonomie. Der Verwaltung muß für den Einzelfall eine Rechtsgestaltungs- oder Regelungsform zur Verfügung gestellt sein, "die sie davon dispensiert, sich in allen Fällen entweder mit den anderen Beteiligten ins Einvernehmen zu setzen oder an den Richter zu gelangen"[68]. Sie ist darauf angewiesen, in eigener Kompetenz allseitig verbindliche und endgültige Einzelanordnungen treffen zu können[69].

Damit genießt die Verwaltung das Privileg, sie selbst angehende Rechtsverhältnisse einseitig mit autoritativer Verbindlichkeitswirkung endgültig (Rechtskraft) festzulegen oder zu verweigern[70]. Das im Verwaltungsakt enthaltene und unterschiedliche Maß von Rechtsanwendung ist von vornherein nicht Rechtspflege eines unabhängigen Dritten[71], wie sie das Urteil verkörpert. Dieser Umstand kann dem Verwaltungsakt indes nicht seine Rechtskraft (Verbindlichkeit und Endgültigkeit) versagen. Der Verbindlichkeitswirkung entkleidet, ist der Verwaltungsakt als Rechtsinstitut vollauf entbehrlich[72].

Auf dem Konzept der Verfügungskompetenz der Verwaltung beruht das System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege in der Form der befristeten Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten. Ohne die Kompetenz der Verwaltung, in ihrem Verwaltungsbereich verbindliche und endgültige Einzelentscheidungen in eigener Sache treffen zu können, hätte die gesetzlich durchgeführte Unterscheidung zwischen nachträglicher und ursprünglicher Verwaltungsgerichtsbarkeit[73] keinen Sinn.

---

68) GYGI, ZSR 1959 I, S. 390
69) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 25, und ZSR 1959 I, S. 390
70) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 24
71) GYGI, ZSR 1959 I, S. 385
72) GYGI, ZSR 1959 I, S. 400; ihm folgend KRAUSE, S. 147
73) Vgl. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 20

2. Zur graduellen Ausgestaltung der Rechtskraft von Verwaltungsakten

Soweit man den Zweck des Rechtsinstituts Verwaltungsakt darin sieht, Rechtsbeziehungen verbindlich und (relativ) endgültig zu regeln, ist die Frage, ob Verwaltungsakte rechtskraftfähig sind, beantwortet. Ebenfalls ist damit der Diskussion, ob es rechtskraftfähige und nicht rechtskraftfähige Verwaltungsverfügungen gebe, was gegebenenfalls die rechtskraftfähigen von den nicht rechtskraftfähigen trenne, usw.[74], die Grundlage entzogen.

Weder der Umstand, daß die Verwaltungsverfügung "der Vorzüge unabhängiger, neutraler Rechtspflege" entbehrt[75], noch die Tatsache, daß sie das Resultat unterschiedlich geregelter Verfahren bildet[76], lassen die Rechtskraft der Verwaltungsakte, um deren Willen diese gerade institutionalisiert worden sind, in Abrede stellen.

In den letzten Jahren ist in der Gesetzgebung die Tendenz zu erkennen, daß Verwaltungsverfahren (Verfügungsverfahren) systematisch und geschlossen zu regeln, z.B.:

Bund

Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren[77]. Das Verwaltungsverfahrensgesetz hat jedoch nicht eine umfassende Vereinheitlichung des Bundes-

74) Vgl. zur diesbezüglichen Diskussion z.B. FORSTHOFF, S. 253; WOLFF, S. 446, lit. a; GYGI, ZSR 1959 I, S. 401: "Der materiellen Rechtskraftwirkung teilhaftig kann nur ein Verwaltungsakt sein, der zeitlich gesehen einen rechtlich und tatbeständlich abgeschlossenen Sachverhalt beschlägt, ...". Vgl. auch BEETSCHEN, S. 34 ff

75) GYGI, ZSR 1959 I, S. 385 f und 393

76) GYGI, ZSR 1959 I, S. 393; BEETSCHEN, S. 38; FORSTHOFF, S. 256; vgl. auch BGE 88 I 224, BGE 81 I 7, BGE I 114, wo der Schluß von der Qualität des Verfahrens auf die Unabänderlichkeit des Verwaltungsaktes gezogen wird; kritisch SALADIN, S. 69

77) SR 172.021

verwaltungsverfahrens gebracht. "In zahllosen Bundeserlassen verstreut finden sich noch mehr oder weniger bruchstückhafte Regelungen des Verwaltungsverfahrens für den Bedarf der jeweiligen Bundesverwaltungsmaterie. Diese Bestimmungen gelten fort, wenn sie ergänzend zum Verwaltungsverfahrensgesetz hinzutreten, nicht aber, wenn sie von ihm abweichen (...)"[78]. Das Verwaltungsverfahrensgesetz findet auf das Verfügungsverfahren von "Instanzen oder Organisationen außerhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlichrechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen"[79] nicht Anwendung, "soweit gegen ihre Verfügungen die Beschwerde unmittelbar an eine Bundesbehörde unzulässig ist"[80]. Danach ist es Sache der Kantone, auch das Verfügungsverfahren in bundesrechtlichen Angelegenheiten, die vom Kanton besorgt werden, zu regeln [81]. In der Rechtsprechung ist indes die Tendenz bemerkbar, daß Verwaltungsverfahrensgesetz in beschwerdefähigen Bundesverwaltungssachen, die dem kantonalen Vollzug anheim gestellt sind, anzuwenden[82]. Grundlegende Verfahrensgrundsätze wendet das Bundesgericht unmittelbar in Entfaltung des Art. 4 BV an[83].

Kantone

Nicht alle Kantone, die Verwaltungsrechtspflegegesetze erlassen haben, regeln auch das nichtstreitige Verwaltungsverfahren (Verfügungsverfahren). Insoweit haben folgende Kantone Regelungen erlassen:

ZH: Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 24. Mai 1959 (Art. 5 ff)

BE: Gesetz über Grundsätze des verwaltungsinternen Verfahrens sowie die Delegation von Verwaltungsbefugnissen des Regierungsrates vom 7. Juni 1970.

LU: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (Art. 11 ff)

SZ: Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (Art. 9 ff)

---

78) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 29, bezogen auf Art. 4 VwG und Art. 80 lit. c VwG, sowie auf BGE 98 Ib 459
79) Art. 1 Abs. 1 lit e VwG
80) Art. 3 lit. a VwG
81) Art. 64 und 64 bis BV
82) BGE 98 Ib 168, 174 und 335
83) z.B. hinsichtlich des Anspruches auf rechtliches Gehör, z.B. BGE 91 I 90 ff

ZG: Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Art. 6 ff)

SO: Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15. November 1970 (Art 5 ff)

BS: Gesetz betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. April 1976 (Art. 38 ff)

BL: Gesetz über die Organisation der Staats- und Bezirksverwaltung und das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden des Kantons und der Bezirke vom 28. April 1958 (Art. 52 ff)

SH: Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971 (Art. 1 ff)

SG: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 (Art 6 ff)

AG: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968 (Art. 15 ff)

TI: Legge di procedura per le cause administrative del 19 aprile 1966 (Art. 8 ff)

VS: Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (Art. 7 ff)

In der allgemeinen Beachtung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze schon im Stadium des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens liegt eine wesentliche Garantie für die Rechtsstaatlichkeit der Verwaltungstätigkeit[84].

Es drängt sich demzufolge die Notwendigkeit auf, das Verwaltungsverfahren gesetzlich zu institutionalisieren, wie es auf Bundesebene und in der Gesetzgebung der angeführten Kantone geschehen ist. Die einheitliche gesetzliche Ausgestaltung selbst des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens bietet dem Bürger mehr Rechtsschutz und Rechtssicherheit, der Verwaltung mehr Rechtssicherheit und damit Rationalsierung und für die Beschwerdeinstanzen der Verwaltung sowie für die Verwaltungsgerichte Entlastung[85].

---

84) IMBODEN, Gutachten, S. 1; GIACOMETTI, S. 379, bezüglich des rechtlichen Gehörs

85) Vgl. IMBODEN, Gutachten

Um gegenüber der im Verhältnis zur Zuverlässigkeit des Richterspruchs aus den genannten Gründen verminderten Zuverlässigkeit des Verwaltungsaktes den Ausgleich zu schaffen, sind die Revisionsgründe entsprechend weit zu fassen[86]. Zudem wird die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes als Folge offensichtlicher und gravierender Fehlerhaftigkeit häufiger anzutreffen sein als die Nichtigkeit des Rechtspflegeaktes. Der relativ weit gefaßte Anspruch auf die Feststellung der Nichtigkeit[87] eines Verwaltungsaktes stellt das Korrelat dar zur Kompetenz der Verwaltung, durch Verwaltungsakt im Einzelfall Rechtsbeziehungen einseitig und rechtskräftig zu regeln. Diese Momente berühren jedoch den Verwaltungsakt nicht in seiner ihm immanenten Zwecksetzung, rechtskräftig zu wirken, sondern beeinflussen allein den Grad seiner Rechtskraftfähigkeit[88].

3. Rechtskraft und Legalitätsprinzip

Sobald dem Verwaltungsakt entsprechend seiner Natur als Einzelentscheid die Funktion zugedacht ist, unter die - möglicherweise nie in jeder Beziehung einwandfrei und allseits befriedigend abzuschließende - Diskussion um seine materielle Rechtmäßigkeit einen definitiven Schlußstrich zu ziehen, ist der dogmatische Einwand gegen die Rechtskraft "fehlerhafter" Verfügungen unter Berufung auf das Legalitätsprinzip verfehlt[89]. "Das darf nicht so aufgefaßt werden, als gelte der Verwaltungsakt quasi aus sich heraus, ohne auf das Gesetz angewiesen zu sein. Seine Geltung beruht vielmehr allein auf dem Gesetz, welches die Geltungsbedingungen normiert; ..."[90].

---

86) GYGI, ZSR 1959 I, S. 391
87) Vgl. § 5 II, S. 95
88) Vgl. GYGI, ZSR 1959 I, S. 401
89) Vgl. SALADIN, S. 116 ff und GIACOMETTI, S. 436; beide Autoren wehren sich gegen die Rechtskraft von Verfügungen, da diese im Falle der Fehlerhaftigkeit gegen das Legalitätsprinzip verstoße.
90) KRAUSE, S. 150

Die Geltungsbedingungen (die Bedingungen der Rechtskraft) sind in den Bestimmungen enthalten, die den Verwaltungsakt als verbindliche Anordnung institutionalisieren und seine grundsätzliche Endgültigkeit (Unanfechtbarkeit und 'ne bis in idem) durch die Befristung der Anfechtbarkeit sowie durch die normative Umschreibung der Revisionsvoraussetzungen (e contrario) festhalten. Das ist besonders klar in einem Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts ausgedrückt[91]:

> "Hat aber der Versicherte unterlassen, die ursprüngliche Rentenfestsetzung ... anzufechten, so wurde eben dadurch Recht geschaffen und es muß nun angenommen werden, daß die fragliche Einschätzung den tatsächlichen Verhältnissen angepaßt war. Später kann darauf nicht mehr zurückgekommen werden, ...".

III. DIE ABLEHNUNG ALS RECHTSKRÄFTIGER VERWALTUNGSAKT

1. Das Fehlen einer Beziehung zwischen dem Inhalt der Anordnung und deren Rechtskraft

Rechtskraftfähig ist auch der negative Verwaltungsakt. Das ergibt sich zunächst aus der begrifflichen Qualifikation von Ablehnungen als Verwaltungsakte[92]. Wie oben[93] ausgeführt, bezeichnet die Rechtskraft die Funktionsweise des Verwaltungsaktes. Ohne Rechtskraft wäre der Verwaltungsakt als besonderes Rechtsinstitut entbehrlich. Wollte man nun die Möglichkeit rechtskräftiger verwaltungsbehördlicher Ablehnun-

---

91) EVG 1944, S. 5; später werden im Zusammenhang mit der ablehnenden Verfügung unter diesem Gesichtspunkt weitere Entscheide angeführt, § 3 II 2, S. 56
92) z.B. Art. 5 Abs. 1 lit. c VwG
93) Vgl. § 2 II 1 und 2, S. 26

gen generell in Abrede stellen[94], müßte im Sinne terminologischer und begrifflicher Klarheit die Wortprägung "negativer (oder ablehnender) Verwaltungsakt" vermieden werden. Der negative Verwaltungsakt bedeutet ja nicht die Ablehnung des Erlasses einer Verfügung[95], so daß im Falle des negativen Verwaltungsaktes gar keine Verfügung vorläge, sondern die Ablehnung eines Antrages oder Begehrens durch Verfügung.

Verwaltungsbehördliche Ablehnungen sind als Inhalte von Verfügungen also begrifflich vorgesehen. Das liegt darin be-

---

94) Die Literatur anerkennt den negativen Verwaltungsakten keine Rechtskraft zu:
GIACOMETTI, S. 422: "der negative Verwaltungsakt erlischt naturgemäß mit seiner Bekanntmachung, indem er dann gegenstandslos wird. Er vermag ja keine Rechtswirkungen zu entfalten; ..."; GRISEL, S. 217; BEETSCHEN, S. 36, der mit seiner Stellungnahme die Bundesgerichtspraxis beeinflußt, so BGE 60 I 52 (später durch BGE 100 Ib 372 ausdrücklich überholt); BERNATZIK, S. 143 f, vor allem S. 144, FN 32, vertritt ebenfalls die Auffassung, daß die Ablehnung einer begehrten Verfügung keine res-iudicata-Wirkung äußere: "Sofern über das Recht, dieselbe (die Verfügung) zu verlangen nicht durch Entscheid abgesprochen wurde, präjudiziert eine einfache Ablehnung durchaus nicht die Erneuerung des Begehrens." Doch fehlt die Rechtskraft der Ablehnung nicht, wenn die Behörde "rechtlichen Interessen gegenüberstand". "Würde z.B. ein Gesuch um eine Concession deshalb abgewiesen, weil dem Bittsteller eines der gesetzlichen Erfordernisse mangele, z.B. Unbescholtenheit, oder weil eine Betriebsanlage schädlichen Rauch entwickle u. dgl., so ist gewiß in diesem Punkt res iudicata vorhanden." BERNATZIK schreibt also dem ablehnenden Verwaltungsakt nur dort Rechtskraft zu, wo er Gesetzesanwendung darstellt, und nicht, wo er im Ermessensbereich oder kraft unbestimmter Gesetzesbegriffe Rechtsverhältnisse relativ frei gestaltet. Diese Unterscheidung dürfte überholt sein, vgl. § 2 II, 1.1, S. 28 hievor; IMBODEN, Der nichtige Staatsakt, S. 23, ein negativer Entscheid stelle weder an sich noch in Verbindung mit anderen Grundsätzen eine Norm dar. Er könne daher weder gültig noch ungültig sein; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Auflage Nr. 42, S. 258; MATILE, S. 51

95) Wie GIACOMETTI, S. 422, das formuliert

gründet, daß zwischen dem Inhalt (Gebot, Verbot, Bewilligung, Leistungsbegründung, Feststellung, Ablehnung, usw.) einer Anordnung und deren Rechtskraft offensichtlich keine Beziehung bestehen kann[96]. Die Verwaltung ist auf den Verwaltungsakt als Regelungsform im Einzelfall angewiesen[97], unabhängig davon, welchen Inhalt sie der Regelung geben will oder muß. Insofern besteht kein funktioneller Unterschied zwischen Verwaltungsakten mit verschiedenen Inhalten, etwa zwischen zusprechenden und ablehnenden Verfügungen oder zwischen Verfügungen, die ein Rechtsverhältnis begründen bzw. feststellen und solchen, die es zu begründen bzw. festzustellen verweigern. Die Struktur des zur Ablehnung führenden Entscheidungsvorgangs ist nicht anders als diejenige bezüglich positiver Verfügungen: Die negative Verfügung ist im selben Maße Rechtsanwendungs- bzw. Ermessensakt wie alle anderen Verfügungen; das durch sie festgehaltene Ergebnis ist in gleich geringem Grade das Produkt rein kognitiver Deduktionen und ebenso der Gefahr anhaltender Infragestellung ausgesetzt wie das Ergebnis anderer Entscheide. Das Grundanliegen des Verwaltungsaktes, wonach im Einzelfall Entschiedenes verbindlich und endgültig sein soll, bezieht sich häufig auch auf die Ablehnung als Entscheidung der Verwaltung im Einzelfall[98]. Daher ist die Auffassung, wonach von negativen Verfügungen als solchen keine Rechtskraftswirkung ausgehe, in ihrem Ansatz verfehlt. Daß die negative Verfügung nur in den wenigsten Fällen schützenswerte Vertrauenspositionen einräumt, spricht nicht gegen ihre Rechtskraft, da die Rechtskraft allgemein nicht Vertrauen schützen will, sondern höchstens Vertrauen begründet[99]. Zudem ist die Verwaltung wie bei Verfügungen anderen Inhalts darauf angewiesen, Anträge einseitig, verbindlich und endgültig ablehnen zu können, ohne

---

96) GYGI, ZSR 1959 I, S. 390
97) Vgl. § 2 II 1, S. 26
98) Vgl. § 2 II, 1.1, S. 26
99) Vgl. § 2 II, 1.1, S. 26

in jedem Fall einen Gerichtsentscheid abwarten zu müssen, um endgültige Klarheit über Bestand oder Nichtbestand der beantragten Rechtsbeziehung zu erhalten. Mit dem Antragsteller wird sich die Verwaltung ja kaum ins Einvernehmen setzen können, wenn sie sich veranlaßt sieht, den Antrag abzulehnen; denkbar ist höchstens die Möglichkeit, daß sie durch Vergleich eine teilweise Ablehnung einhandelt[100].

Neben der Ablehnung durch Verfügung kommen gewiß auch verwaltungsbehördliche Ablehnungen ohne Rechtskraft vor[101]. Ablehnungen ohne Rechtskraft sind jedoch keine Verwaltungsakte[102].

2. Die Rechtskraft des Verwaltungsaktes als Korrelat seiner befristeten Anfechtbarkeit

2.1 Träfe die Auffassung tatsächlich zu, daß dem ablehnenden Verwaltungsakt a priori keine Rechtskraft eigen sein könne, wäre jede verwaltungsbehördliche Ablehnung nicht mehr als eine Parteierklärung oder Parteibehauptung, die den Antragsteller zwar enttäuscht, seine Rechte indes nicht stärker berührt, als die Erklärung irgendeines seiner Schuldner, ihm die geforderte Leistung nicht schuldig zu sein und nicht erbringen zu wollen.

Nun unterliegen die negativen Verfügungen indes im gleichen Rahmen wie die anderen Verwaltungsakte der befristeten An-

100) Vgl. § 3.3 hienach, S. 46
101) Vgl. § 3 hienach, S. 43
102) KRAUSE, S. 148: "Daß der Verwaltungsakt in diesem Sinne eine verbindliche Entscheidung formeller Art über das Rechtsverhältnis zwischen öffentlicher Gewalt und Bürger ist, macht seinen wesentlichen Inhalt aus. Ein Akt, dem diese Funktion fehlt, der nur unverbindlich auf die Rechtslage hinweist, Folgerungen ankündigt, Herrschaftspositionen in Anspruch nimmt oder rechtsgeschäftliche Regelungen trifft, ist kein Verwaltungsakt."

fechtbarkeit[103]. Die befristete Anfechtbarkeit setzt ein Anfechtungsobjekt voraus, das innerhalb der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege allein eine potentiell rechtskräftige Anordnung (Verfügung) sein kann[104]. Einzig daraus, daß im

---

103) Vgl. VwG und OG: Grundsätzliche (außer Art. 5 Abs. 3 VwG) Zuordnung der Ablehnungen von Begehren, einschließlich der Nichteintretensentscheide, zum Verfügungsbegriff (Art. 5 Abs. 1 lit. c VwG; generelle Anfechtbarkeit der Verfügung (Art. 44 VwG; Art. 97 OG) mit negativer Enumeration (Art. 46 VwG; Art. 99 ff OG); Befristung der Anfechtbarkeit (Art. 50 VwG; Art. 106 Abs. 1 OG)

104) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 96, verweist auf Ausnahmen, zu denen sich die Praxis veranlaßt gesehen habe. So sei der Entschluß der SBB, eine Bahnhofsapotheke zu errichten, keine Verfügung (s. BGE 97 I 592). Das trifft zu. Dieser Entschluß war indes nicht Objekt der Anfechtung, wie das Bundesgericht meint. Die als Einsprache bezeichnete Eingabe des stadtbernischen Apothekervereins und 23 stadtbernischer Apotheken an die Eisenbahnaufsichtsbehörde ist keine Beschwerde gegen den Beschluß der SBB, sondern ein Antrag, der eine erstinstanzliche Verfügung der Aufsichtsbehörde initiierte. Gegen diese Verfügung des EVED als der Aufsichtsbehörde, in der dieses die Legitimation der Antragsteller verneinte, bei ihm einen Entscheid über das Bedürfnis zur Errichtung von Nebenbetrieben und deren Öffnungs- und Schlußzeiten zu erzwingen, richtete sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Der Entscheid des EVED ist eine negative Verfügung (Nichteintretensentscheid). Weiter hält GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 96, die Nichtverlängerung und Kündigung von öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen für rechtsgeschäftliche Erklärungen und nicht für Verfügungen. M.E. kann die Verwaltung solche Erklärungen zum Inhalt von anfechtbaren Verfügungen machen (was in den Fällen, die den Entscheiden BGE 97 I 540 ff, besonders S. 543, und BGE 99 Ib 129 ff, besonders S. 135, zugrundelagen, auch geschehen ist), ohne damit einem der Elemente des Verfügungsbegriffes zu widersprechen. Die verwaltungsrechtliche Klage ist gegen Kündigungen öffentlichrechtlicher Anstellungsverhältnisse nach Art. 116 OG nicht zugelassen, wenn man davon ausgeht, es handle sich dabei nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit aus dem Dienstverhältnis des Bundespersonals (Art. 100 lit. e Ziff. 5 OG) und nicht um einen privatrechtlichen Streit. Insoweit ist die Kündigung keine Erklärung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 VwG. Daher bleibt der Verwaltung, will sie eine rechtskräftige Regelung treffen, nichts anderes übrig, als die Nichtverlängerung bzw. Kündigung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses zum Inhalt einer ablehnenden Verfügung zu machen (es wird abgelehnt, das Dienstverhältnis fortzusetzen). Das ergibt sich aus dem Umstand, daß die Nichtverlängerung des Dienstverhältnisses "sachlich in die Zuständigkeit der nach-

Einzelfall rechtskräftig verfügt wird, fließt das objektive Anfechtungsinteresse, "das Interesse nämlich, die Rechts- und Ordnungsmäßigkeit der Verfügung im Justizverfahren abzuklären, bevor sie definitiv wird."[105] Anders ließe sich die Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Verwaltungsrechtspflege nicht vornehmen. Gegen verwaltungsbehördliche Erklärungen oder Verhaltensweisen ohne Rechtskraft sind die verfahrensrechtlich nicht befristete Klage oder - soweit der Verwaltungsbehörde Verfügungskompetenz[106] zusteht - die ebenfalls nicht befristete Rechtsverweigerungsbeschwerde die vorgesehenen Rechtsmittel.

2.2 Die Ausdehnung der befristeten Anfechtbarkeit auf Anordnungen bzw. Ablehnungen ohne Rechtskraft ist verfehlt[107]. Ohne Rechtskraft hat die befristete Anfechtbarkeit keinen Sinn, wie umgekehrt die Rechtskraft ohne die Befristung der Anfechtbarkeit nutzlos ist. Die Rechtskraft der Anordnung als Anfechtungsobjekt und die Befristung einer allfälligen Anfechtbarkeit bedingen sich daher gegenseitig[108][109].

---

träglichen Verwaltungsrechtspflege", GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 96 fällt. Nachträgliche Verwaltungsrechtspflege ohne Verfügung ist eine contradictio in adjecto.

105) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 95 f

106) Vgl. 3. hienach S. 43

107) Vgl. KRAUSE, S. 177

108) Auf dieses Moment wird in Literatur und Rechtsprechung mancherorts hingewiesen: GYGI, ZbJV 1966, S. 138; BACHOF, Rechtsprechung, JZ 1966, Nr. 372, S. 607, r. Sp.; Verfassungsrecht I, Nr. 90, S. 217; BOSSHART, S. 22/23 und die dort zit. Lit., N. 100; BULLINGER, JZ 1963, S. 467, 469, 470; MARTENS, NJW 1963 II, S. 1857; MAURER, H., DÖeV 1966, S. 483, 1. Sp.
Beispiele aus der deutschen Gerichtspraxis: BVerGE VII C 36/38 in DÖeV 1960, S. 636 ff, insb. S. 638; BVerGE VI C 22/58 in DÖeV 1961, S. 60 f, insb. S. 61

109) Vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes, des Eidg. Versicherungsgerichtes und der Bundesbehörden s. § 3 II 2.3, S. 63

Keine negative Verfügung liegt vor, wenn die Verwaltung eine beantragte Verfügung verweigert, d.h. sich in Stillschweigen hüllt oder sonstwie ihren Regelungswillen nicht klar zum Ausdruck bringt. Gegen solches Verhalten kann sich der Antragsteller mit der unbefristeten Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde wehren[110]. Wo gegen das Verhalten einer Behörde eine verfahrensrechtlich nicht befristete Beschwerde oder Klage zugelassen ist, gebricht es in jedem Fall an einer rechtskräftigen Regelung durch die Behörde, sei es, daß die Verwaltung (noch) keinen Regelungswillen gebildet hat (z.B. auch in den Fällen fehlender Verfügungskompetenz[111], sei es, daß dieser Regelungswille wegen Nichtigkeit[112] der Verfügung sein Ziel verfehlt.

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde hat ihrer Funktion entsprechend nicht einen Verwaltungsakt zur Voraussetzung[113]. Mit ihr wird vielmehr beansprucht, eine Angelegenheit durch Verfügung zu erledigen. Einem allfälligen Anspruch auf eine Verfügung ist Genüge getan, wenn die Verwaltung eine Verfügung zusprechenden oder ablehnenden Inhaltes erläßt. Selbst gegen die Ablehnung durch Verfügung, einen Sachentscheid zu fällen (Nichteintretensentscheid), muß nach der Konzeption des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes[114] die befristete Verwaltungs- bzw. Verwaltungsgerichtsbeschwerde ergriffen werden. Die Verwaltung läßt sich dadurch, daß sie eine Nichteintretungsverfügung trifft, keine Rechtsverweigerung zuschulden kommen[115].

---

110) Art. 70 VwG; Art. 97 Abs. 2 OG in Verb. mit Art. 106 Abs. 2 OG
111) Vgl. 3.2 hienach, S. 44
112) Vgl. § 5, 92 ff
113) GYGI/STUCKI, Art. 16 III 1, S. 39
114) Zuordnung des Nichteintretensentscheids zum Verfügungsbegriff, Art. 5 Abs. 1 lit. c VwG
115) Selbst Art. 97 Abs. 2 OG kann nicht an der Richtigkeit der Auffassung rütteln, das unrechtmäßige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung sei keine Verfügung. Die Bestimmung lautet: "Als Verfügung gilt auch das unrechtmäßige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung." Vgl. hiezu § 7 I S. 111

Der Anspruch auf Erlaß einer Verfügung ist auf Bundesebene im Verwaltungsverfahrensgesetz teilweise festgelegt[116]. Danach ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Das Bundesgericht[117] interpretiert diese Bestimmung zurecht extensiv, indem es den Anspruch auch auf den Erlaß einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung anerkennt, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Verfügung hat. Der Anspruch des Gesuchstellers auf eine Verwaltungsverfügung kann sich ferner aus Art. 4 BV[118] ergeben.

3. Ablehnungen ohne Rechtskraft

3.1 Der negative Verwaltungsakt ist als solcher rechtskräftig. Das heißt nicht, daß die Verwaltung genötigt sei, Anträge in jedem Fall durch Verwaltungsakt abzulehnen, wenn sie den Antrag nicht gutheißen will. Es besteht kein generelles Bedürfnis, das Fehlen eines Anspruches verbindlich festzustellen und der Ablehnung damit die Funktion eines Verwaltungsaktes zu geben[119]. Möglicherweise ist der Verwaltungsakt nicht oder noch nicht die geeignete Form, das Fehlen einer Berechtigung festzustellen und mitzuteilen. Die Behörde kann dem Antragsteller eine vorläufige und unverbindliche Absage erteilen, wenn sie sich noch nicht festlegen will, etwa weil sie die Angelegenheit wegen labiler und ungewisser Entwicklung noch nicht für entscheidungsreif hält.

Einem Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichtes[120] lag z.B. folgender Sachverhalt zugrunde: "Die Anstalt verneint ihre Leistungspflicht, da kein Kausalzusammenhang zwischen Meniskusläsion und Unfall bestehe. Da immerhin Zweifel möglich waren, gewährte sie freiwillig Leistungen, einschließlich eine Rente." Somit hat die

116) Art. 25 Abs. 2 VwG
117) BGE 98 Ib 59 f
118) BGE 87 I 246
119) KRAUSE, S. 199
120) EVG vom 10.10.1961 in Sachen Condrau, nicht publ., angeführt bei MAURER, A., S. 368, FN. 39

> Anstalt keine rechtskräftige Anordnung, weder im gutheißenden noch im ablehnenden Sinn, getroffen. Sie hat insbesondere die Leistungspflicht nicht rechtskräftig abgelehnt, wie ihrem Entscheid zu entnehmen ist, sonst würde sie durch ihre tatsächlichen Leistungen in Widerspruch zu ihrer eigenen Verfügung treten, was deren Verbindlichkeit, die auch die Verwaltung bindet, nicht zuläßt[121].

Zu einer unverbindlichen Absage kann sich die Verwaltung auch dann veranlaßt sehen, wenn sie gar nicht damit rechnet, daß der Antragsteller sich gegen ihre Ablehnung wehren wird und daher kein Bedürfnis besteht, die Angelegenheit in ablehnendem Sinn rechtskräftig zu regeln. Das KUVG sieht eine derartige Erledigung ausdrücklich vor:

> "Ist der Versicherte oder der Aufnahmebewerber mit einem Entscheid der Kasse nicht einverstanden, so hat diese innert 30 Tagen eine schriftliche Verfügung mit Angabe der Gründe und unter Hinweis auf Beschwerderecht und Beschwerdefrist zu erlassen und dem Betroffenen zuzustellen."[122] Hier wird beispielhaft zwischen dem ablehnenden unverbindlichen Entscheid (ablehnend: mit dem der Versicherte nicht einverstanden ist) und der Verfügung als rechtskräftigem Entscheid unterschieden[123].

Lehnt es die Verwaltung stillschweigend oder implizite (z.B. Verweigerung der Leistungspflicht einerseits und tatsächliche Leistung andererseits[124]) ab, einen Antrag durch Verfügung zu erledigen, obwohl sie hiezu kompetent wäre, steht dem Antragsteller jederzeit die Rechtsverweigerungsbeschwerde offen[125].

3.2 Der Verwaltung ist es dort verwehrt, einen Antrag durch Verfügung abzulehnen, wo ihr die Verfügungskompetenz fehlt, d.h. wo ihr innerhalb ihrer örtlichen und sachlichen Zustän-

---

121) Ausführlicheres hierüber § 3 I, S. 49
122) Art. 30 Abs. 1 KUVG
123) Vgl. EVG 1967, S. 66 ff und S. 142 f
124) Vgl. den unter FN. 120 erwähnten Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts
125) Vgl. 2.1 hievor, S. 41

digkeit die funktionelle Kompetenz nicht zuerkannt ist, konkrete Rechtsbeziehungen einseitig und rechtskräftig zu regeln. Die Verwaltung ist an sich innerhalb ihres öffentlichen Aufgabenkreises umfassend befugt, mit einseitigen und rechtskräftigen Anordnungen die zu diesem Aufgabenkreis zählenden Rechtsverhältnisse zu regeln[126]. Die allgemeine Verfügungskompetenz entfällt ausnahmsweise dort, wo sie ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen ist[127]. Im Geltungsbereich des VwG ist die Verfügungskompetenz in denjenigen Sachbereichen wegbedungen, die in das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren verwiesen sind. "Erklärungen von Behörden über Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind, gelten nicht als Verfügung."[128] Derartige Ablehnungen sind daher bloße Parteibehauptungen. Die auf den Klageweg verwiesenen Sachbereiche sind in Art. 116 und 130 OG umschrieben. Die Verfügungskompetenz kann in diesen Bereichen in Bestimmungen spezieller Gesetze wiederhergestellt werden[129]. Während einerseits der Verwaltung die Verfügungskompetenz ausnahmsweise entzogen ist, kann sie andererseits selbst bestimmten privaten Personen durch spezielle Bestimmung zuerkannt sein. So ist sie z.B. den anerkannten Krankenkassen, die Personen des Privatrechts sind (Vereine, Stiftungen oder Genossenschaften) durch das Gesetz[130] einge-

---

126) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 26
127) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 26
128) Art. 5 Abs. 3 VwG
129) Art. 117 lit. c OG; GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 26, und die dort zit. BGE 97 I 742, BGE 98 Ib 354, BGE 99 Ib 119; ferner BGE 101 Ib 105 ff: Anspruch des Beamten auf Vergütung für außerordentliche Dienstleistungen (Art. 44 Abs. 1 lit. f. Beamtengesetz, SR 172. 221.10). Art. 117 lit. c OG i.V. mit Art. 52 Abs. 3 Beamtenordnung I, SR 172.221.101: Die Wahlbehörde nimmt dort zum Anspruch nicht nur Stellung, sondern entscheidet darüber durch Verfügung, in casu ablehnender Verwaltungsakt.
130) Art. 30 KUVG

räumt. Die privaten anerkannten Krankenkassen können ihre Rechtsverhältnisse mit den Versicherten oder Aufnahmebewerbern in positivem und in negativem Sinn durch Verfügung regeln, gegen die die befristete Beschwerde zulässig ist[131].

3.3 Nach GYGI[132] ist der Verwaltung die Verfügungsbefugnis stillschweigend ebenfalls ausnahmsweise aberkannt, wenn sie auf den Weg eines verwaltungsrechtlichen Vertrags verwiesen ist. Wo die Verwaltung eine Rechtsbeziehung nicht einseitig, sondern allein im Einvernehmen mit dem Privaten erzielen kann, hat sie naturgemäß keine Verfügungskompetenz. Sie kann indes Kündigungen oder Nichtverlängerungen von öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen durch Verfügung aussprechen[133]. Die Vergebung einer öffentlichen Arbeit an einen Privaten kommt durch privatrechtlichen Vertrag zustande. Die durch den Zuschlag implizierte Verweigerung des Zuschlags an den Drittbewerber stellt diesem gegenüber einen negativen Verwaltungsakt dar[134]. Der Zuschlag bzw. die Ablehnung des Zuschlages

---

131) Vgl. die Kritik durch BRIDEL, L'autorité des décisions des caisses privées dans l'assurance contre la maladie, Gedenkschrift IMBODEN, S. 59 ff, an dieser Bestimmung; BRIDEL beanstandet unter anderem, daß die Rechtsmittelfrist - 30 Tage - zu kurz sei, S. 67

132) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 26

133) BGE 97 I 543, BGE 99 Ib 135

134) Zutreffende Kritik an einer anderslautenden Auffassung des Bundesgerichts durch MARTI, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, ZSR 1962, Bd. II, S. 43; nicht richtig BGE 89 I 278 E. 2, wo im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht die Qualifikation des Anfechtungsobjektes diskutiert wird, sondern die Beschwerdelegitimation. Diese beiden Gesichtspunkte sollten in dogmatisch einwandfreier Prüfung der Beschwerdevoraussetzungen auseinandergehalten werden, gleichviel, ob es sich um eine Verwaltungs- bzw. Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder um eine staatsrechtliche Beschwerde gegen einen "Entscheid" im Sinne von Art. 84 OG handelt (Ist ein "Erlaß" im Sinne von Art. 84 OG Anfechtungsobjekt der staatsrechtlichen Beschwerde, stellt sich die Frage der Verbindlichkeit (Rechtskraft) nicht, da diese evident ist).

haben im geregelten Submissionsverfahren und nach den entsprechenden Bestimmungen, im äußersten Fall nach pflichtgemäßen Ermessen zu erfolgen; sie stützen sich daher auf Verwaltungsrecht, in weitestem Rahmen auf Art. 4 BV. Aus dem Umstand, daß die Verwaltung ein Rechtsverhältnis positiv nicht durch Verfügung, sondern nur durch Vertrag regeln darf, läßt sich nicht der Schluß ziehen, dieses Rechtsverhältnis könne die Verwaltung nicht einseitig durch rechtskräftige Anordnung (Verfügung) negativ regeln. Die Kompetenz, Rechtsverhältnisse durch Verfügung negativ zu regeln, ist umfassender als diejenige, Rechtsverhältnisse durch Verfügung positiv zu regeln. Die negative Verfügung kann für die Ablehnung eines Rechtsverhältnisses die geeignete Form sein, während das Verhältnis positiv nur durch Vertrag zustandekommen könnte. Im negativen Sinn steht der Verwaltung daher nur dort keine Verfügungskompetenz zu, wo sie unter gesetzlicher Bezeichnung des entsprechenden Sachbereichs ausdrücklich ausgenommen ist, wo also der Anspruch nicht durch die befristete Beschwerde, sondern durch die (verfahrensrechtlich) unbefristete Klage zu verfolgen ist.

Zudem ist zu beachten, daß die Verwaltung sich etwa auch des verwaltungsrechtlichen Vertrages bedienen kann, wo ihr Verfügungskompetenz zusteht (z.B. im Sozialversicherungsrecht, Regelung durch Vergleich[135]). Das ist jedoch umstritten[136].

3.4 Im Baubewilligungsverfahren kann der sogenannte Vorbescheid (Entscheid über ein generelles Baugesuch, mit dem um die grundsätzliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens nachge-

135) MAURER, A., S. 365
136) Vgl. MAURER, A., S. 365

sucht wird[137]) je nach kantonaler (oder kommunaler) Rechtsgestaltung eine verbindliche oder unverbindliche Antwort auf die Frage eines Gesuchstellers sein, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen und Vorbehalten eine konkrete Baubewilligung in Aussicht gestellt werden könne[138]). Ein verbindlich ablehnender Vorbescheid ist ein negativer Verwaltungsakt; fehlt für den Vorbescheid die Verfügungskompetenz, handelt es sich um eine unverbindliche Erklärung[139]).

---

137) Vgl. die Zusammenstellung der einschlägigen kantonalrechtlichen Baurechtsbestimmungen bei LEUTENEGGER, S. 207 ff; auch ZAUGG, Art. N. 4, S. 215

138) LEUTENEGGER, S. 207

139) Verbindlich ist der Vorbescheid der Baubewilligungsbehörde z.B. im Kanton Bern, unverbindlich z.B. im Kanton St. Gallen, vgl. LEUTENEGGER, S. 212

§ 3 DIE SPEZIFISCHE WIRKUNGSWEISE DER RECHTSKRAFT NEGATIVER VERWALTUNGSAKTE

I. DIE VERBINDLICHKEIT DES NEGATIVEN VERWALTUNGSAKTES

Die Rechtskraft setzt sich zusammen aus der allseitigen Verbindlichkeit nach Maßgabe des Verfügungsinhaltes auf der einen und der relativen Endgültigkeit der Verfügung auf der anderen Seite[1]. Im folgenden sollen die der ablehnenden Verfügung entsprechend ihrem Inhalt eigentümlichen Aspekte ihrer Verbindlichkeit erfaßt werden.

Der ablehnende Verwaltungsakt entfaltet in der Regel[2] keine eigenständige Verbindlichkeit, da sein Inhalt lediglich die Rechtssituation bestätigt, wie sie vorher schon bestanden hat. Das Fehlen einer relevanten Verbindlichkeit hängt mit der Besonderheit seines Inhaltes zusammen und nicht mit seiner Rechtskraft an sich. Die eigenständige Verbindlichkeit des ablehnenden Verwaltungsaktes fehlt überall dort, wo der Antragsteller das, was er begehrt, von der Verwaltung rechtmäßig einzig und allein durch die Vermittlung eines seinen Antrag gutheißenden Verwaltungsaktes erhalten kann. Die folgenden Beispiele sollen das erläutern:
Der Verweigerung einer Baubewilligung ist zwar der Charakter eines konkretisierten Verbots eigen[3]. Dieses Verbot hat indes keine selbständige Bedeutung. Es geht völlig im Verbotstatbestand auf, wonach es generell untersagt ist, ohne Baubewilligung zu bauen. Die Erlaubnis zu bauen, kann nur durch die Vermittlung einer Verfügung, der Baubewilligung, erlangt

1) Vgl. § 2 I 2, S. 15
2) Auf Ausnahmen wird in den folgenden Ausführungen noch hingewiesen, S. 51 ff
3) Vgl. KRAUSE, S. 203

werden. Will der Gesuchsteller nach erfolgter (formell rechtskräftiger) Ablehnung des Gesuches durch Verfügung sein Vorhaben rechtmäßig weiterverfolgen, hat er einzig die Möglichkeit, ein neues Gesuch zu stellen. Ob die Baubewilligungsbehörde auf dieses neue Gesuch hin einen neuen, allenfalls abweichenden Sachentscheid treffen darf oder muß, beschlägt nicht die Verbindlichkeit der erfolgten Ablehnung, sondern deren Endgültigkeit. Die Verbindlichkeit der Verfügung bindet nur, solange keine widersprechende Verfügung ergangen ist[4].

Anders verhält es sich hinsichtlich der Verbindlichkeit z.B. mit der Einreisesperrverfügung[5], die keine negative Verfügung darstellt. Diese Verfügung enthält ein selbständiges Verbot, in dem sie feststellt, daß der von ihr Betroffene nicht berechtigt sei, in die Schweiz einzureisen (negative Feststellungsverfügung[6]). Daher erlangt die Einreisesperrverfügung selbständige Inhaltswirkung, d.h. Verbindlichkeit. Die Verbindlichkeit richtet sich im Sinne des Verbots an den Betroffenen und zur Durchsetzung an die Grenzposten sowie - im Falle des Bestehens einer Visumspflicht[7] - an die visumerteilenden Stellen. Soweit keine Visumspflicht besteht, ist die Einreiseberechtigung nicht wie die Bauberechtigung von der Vermittlung eines Verwaltungsaktes abhängig[8], stets aber die Nichtberechtigung zur Einreise.

---

4) KRAUSE, S. 147; GIACOMETTI, S. 391
5) Vorgesehen in Art. 13 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, SR 142.20
6) Vgl. § 1 II, 1, letzter Abschnitt, S. 8
7) Vgl. Art. 2 Abs. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 10. April 1946 über Einreise und Anmeldung der Ausländer, SR 142.211
8) Die Gewährung bzw. Verweigerung der Einreise durch die Grenzposten ist kein Verwaltungsakt, sowenig als die Verkehrszeichen des Verkehrspolizisten Verfügungen darstellen. Alle diese Anordnungen gehören zu den schlichten Verwaltungs- oder Vollzugshandlungen, denen über den Moment ihrer Vornahme hinaus kein rechtlicher Regelungsgehalt zukommt, wenngleich sie rechtlich relevant werden können (z.B. Schadenersatz); vgl. WOLFF, S. 364, Durchführungshandlungen, Anwendung bzw. Nichtanwendung festgesetzter Zwangsmittel.

Auch anderen ablehnenden Verfügungen fehlt grundsätzlich die selbständige Verbindlichkeit. Unter der Voraussetzung, daß Sozialversicherungsleistungen einzig aufgrund von Verfügungen entrichtet werden (was im weiten Rahmen allerdings nicht der Fall ist[9]), hat z.B. die Ablehnung einer Invalidenrente inhaltlich keine Wirkung. Später - der Beschwerdeweg bleibe hier außer Betracht - kann der Versicherte die Rente nur erwirken, wenn es ihm gelingt, eine entsprechende gutheißende Verfügung der Sozialversicherung zu erzielen. Ob die Versicherungsanstalt nach erfolgter Ablehnung eine neue Verfügung treffen muß, beschlägt auch hier nicht die Verbindlichkeit der Ablehnung, sondern deren Endgültigkeit.

Der ablehnende Verwaltungsakt entfaltet so gesehen keine relevante Verbindlichkeit. Doch ist seine Verbindlichkeit nicht durchwegs irrelevant. Die Verbindlichkeit der Ablehnung aktualisiert sich dort, wo die beantragte und durch Verfügung abgelehnte Begünstigung allgemein nicht durch die Vermittlung einer Verfügung eingeräumt wird. Die folgenden Ausführungen sollen das näher erörtern.

Im Rahmen ihrer Verfügungskompetenz ist die Verwaltung im allgemeinen nicht nur berechtigt, Verfügungen zu treffen, sondern sie ist in gleichem Rahmen ebenfalls verpflichtet, die Rechtsbeziehungen durch Verfügungen zu regeln. Der Sinn der Verselbständigung und Formalisierung konkreter Rechtsbeziehungen durch Verfügung besteht darin, zu verhindern, daß die Verwaltung unmittelbar, ohne jeden Rechtsbezug oder in Ausführung angeblicher normativer Befugnisse und ohne sich verfahrensrechtlich zu binden, gegenüber dem Privaten tätig wird[10].

---

9) Vgl. die unmittelbar folgenden Ausführungen, S. 51 ff
10) KRAUSE, S. 44

> "Was das Gesetz gewollt hat, soll, bevor es durch die Tat vollzogen wird, im Einzelfall erklärt und bindend ausgesprochen werden durch Verwaltungsakt, das ist die weitere Forderung des Rechtsstaates."[11]

Die Kehrseite der allgemeinen Verfügungskompetenz - oder besser: in dieser enthalten - ist mithin die allgemeine Verfügungspflicht der Verwaltung, wenn sie einseitig eine Regelung erzielen will. Soweit diese Verfügungspflicht zu beachten ist, gilt die oben angeführte Folgerung, wonach den ablehnenden Verfügungen keine relevante Verbindlichkeit zukommt.

Indessen kommt in Durchbrechung der allgemeinen Verfügungspflicht, etwa im Sozialversicherungsrecht, die sog. De-facto-Erledigung vor[12] [13]. So werden z.B. auf dem Gebiet der Krankenversicherung, der Erwerbsersatzordnung und der obligatorischen Unfallversicherung Leistungen aus Gründen unvermeidbarer Rationalisierung[14] des facto gewährt (Leistungsgewährung ohne Verwaltungsverfügung). Unter diesen Um-

---

11) Otto MAYER, zit. nach KRAUSE, S. 144; vgl. im übrigen die treffenden Ausführungen über den hier berührten Aspekt von KRAUSE, S. 144

12) GYSIN, SZS 1974, S. 10 f; die De-facto-Erledigung ist in Art. 30 Abs. 1 KUVG (Revision vom 13. März 1964) gar gesetzlich vorgesehen: "Ist der Versicherte oder der Aufnahmebewerber mit einem Entscheid der Kasse nicht einverstanden, so hat diese innert 30 Tagen eine schriftliche Verfügung ... zu erlassen und dem Betroffenen zuzustellen." Als "Entscheid" ist auch die tatsächliche Leistungsgewährung nach Art und Umfang zu verstehen, GYSIN, S. 10. In keinem Sozialversicherungszweig kommt die De-facto-Erledigung für Leistungsablehnung und für Rentengewährung vor, GYSIN, SZS 1974, S. 12

13) Zur Problematik dieser Erledigungsform: § 7 S. 118 f

14) Vgl. GYSIN, SZS 1974, S. 10; vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend der Änderung des Ersten Titels des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung vom 5. Juni 1961 zu Art. 30 Abs. 1 KUVG, BBl 1961 I 1496

ständen kann die Verbindlichkeit einer ablehnenden Verfügung relevant werden. Die Verwaltung darf eine Leistung nicht einerseits durch Verfügung ablehnen und andererseits de facto dennoch gewähren. In Ausübung der De-facto-Erledigung ist sie an ihre Ablehnungen durch Verfügungen gebunden, solange diese Verfügungen nicht durch neue, anderslautende ersetzt worden sind. Das ist die Folge der ausnahmsweise relevanten Verbindlichkeit der ablehnenden Verfügung.

In diesem Zusammenhang ist auf die in der Praxis der Unfallversicherungsanstalt (vielleicht auch anderswo) anzutreffende Erscheinung einzugehen, daß die Leistungspflicht abgelehnt wird und gleichzeitig freiwillig Leistungen entrichtet werden[15]. Das kommt etwa vor, wenn die Anstalt sich über den Sachverhalt (z.B. Kausalzusammenhang) nicht hinreichend Gewißheit verschaffen kann.

Die Verweigerung der Leistungspflicht stellt in derartigen Fällen mangels Rechtskraft keine Verfügung dar. Einerseits die Leistung durch Verfügung verweigern und andererseits in gleichem Zuge dennoch leisten, ist ein juristisch undenkbarer Vorgang. Die tatsächliche Leistung käme mit der Verbindlichkeit der ablehnenden Verfügung in Konflikt. Daher sollte ein solches Verhalten der Anstalt rechtlich als das qualifiziert werden, was es im Grunde genommen ist: der Verzicht der Anstalt auf eine rechtskräftige Regelung angesichts der erschwerenden Ungewißheit über den Sachverhalt. Gegen diesen Verzicht, eine Verfügung zu treffen, kann der Versicherte jederzeit Rechtsverweigerungsbeschwerde erhe-

---

15) EVG 1943, S. 318 ff; schon erwähnter Entscheid (§ 2 III, 3, FN. 121, S. 43) des EVG vom 10.10.1961, nicht publ., angeführt bei MAURER, A., S. 368, FN. 39

ben. Er ist dabei weder an eine Rechtsmittelfrist gebunden, die vom Zeitpunkt der Mitteilung des Verzichts an zu laufen beginnen würde, noch an eine solche, die mit der Einstellung der Leistungen ihren Anfang nähme.

Diese Betrachtungsweise ist mit Art. 9 Abs. 1 lit. b[16] und c der Verordnung II über die Unfallversicherung nicht vereinbar, wonach dem Versicherten Beschwerdefristen ohne vorangehende Verfügung laufen, d.h. entweder mit Empfang der ersten beanstandeten Leistung oder mit dem Einstellen der letzten Leistung. Diese nach GYSIN[17] seines Wissens "obsoleten Bestimmungen setzen sich über die Rechtsmittelbelehrung hinweg, hätten heute wenig Aussicht auf richterlichen Schutz und sollten verschwinden."
Im Sachverhalt des EVG vom 10.10.1961[18] hat der Versicherte nach der Ablehnung der Leistungspflicht und gleichzeitigem freiwilligen Leistungsversprechen innert der in Art. 9 Abs. 1 lit. a der Verordnung II über die Unfallversicherung[19] vorgesehenen Rechtsmittelfrist "Klage" - so heißt im KUVG auch die Beschwerde gegen eine Verfügung - erhoben. Das Versicherungsgericht lehnte die Zulässigkeit der Klage ab, da der Versicherte ja klagen könne, wenn die Versicherungsanstalt ihre Leistungen allenfalls einstelle. Diese Auffassung ist unhaltbar[20]. Der Versicherte muß jederzeit eine rechtskräftige (unwidersprüchliche) Regelung (Verfügung) verlangen können.

---

16) Verordnung II vom 3. Dezember 1917 über die Unfallversicherung, SR 832.22
17) GYSIN, SZS 1974, S. 12, FN. 3
18) Vgl. FN. 15 hievor, S. 53
19) Vgl. FN. 16 hievor, S. 54
20) Kritisch ebenfalls MAURER, A., S. 368, N. 69

II. DIE KONSUMTION DES ANSPRUCHES AUF EINEN NEUEN SACHENTSCHEID ÜBER DENSELBEN GEGENSTAND DURCH DEN ABLEHNENDEN VERWALTUNGSAKT ('ne bis in idem' oder 'res-iudicata-Wirkung')

1. Der Grundsatz 'ne bis in idem'

Herkunft und Bedeutung des 'ne bis in idem' wurden bereits erläutert, ebenfalls seine Verwendbarkeit im Verwaltungsrecht[21]. Im folgenden soll die Berücksichtigung dieses Grundsatzes im Zusammenhang mit ablehnenden Verfügungen in der Praxis des Bundesgerichts (einschließlich des Eidg. Versicherungsgerichts) und der Bundesbehörden[22] erfaßt werden. Dabei geht es hier zunächst weniger um die Grenzen, innerhalb derer das 'ne bis in idem' zum Tragen kommt[23], und weniger um die Durchbrechungen dieses Grundsatzes[24] als um die Anwendbarkeit des Prinzipes an sich. Bevor untersucht wird, innerhalb welcher Grenzen ein Grundsatz spielt und welchen Durchbrechungen er unterliegt, muß festgelegt sein, ob der Grundsatz überhaupt gilt. Das ist hinsichtlich der ablehnenden Verfügungen nicht unbestritten[25].

Das 'ne bis in idem' oder die res-iudicata-Wirkung des ablehnenden Verwaltungsaktes äußert sich darin, daß durch dessen Erlaß der verfahrensrechtliche Anspruch des Antragstellers auf einen Sachentscheid grundsätzlich konsumiert ist. Ein Anspruch auf Wiedererwägung oder Überprüfung des ablehnenden Entscheides ist danach im Prinzip ausgeschlossen.

---

21) Vgl. § 2 I, 2.3, S. 16
22) VEB
23) Vgl. 2. Teil, S.
24) Vgl. § 4 über die Revision S. 77; § 6 über die Nichtigkeit S. 93
25) Vgl. Einleitung, S. XVII, insbesondere § 2 III 1, S. 37 N. 94; Beispiel d und e hienach, 2.1, S. 57

Darin liegt primär die Regelungsfunktion der Ablehnung durch Verfügung[26]. Deren Verbindlichkeit wird nur als Randerscheinung relevant[27]. Im wesentlichsten kann daher gesagt werden, die Ablehnung sei nur dann eine Regelung, wenn sie auf die Rechtsfolge gericht sei, einer erneuten Anspruchserhebung gegenüber den Einwand der res iudicata zu begründen[28].

Die Konsumtion des Anspruches auf einen neuen Sachentscheid bedeutet, daß sowohl ein gleichlautender (identischer) Sachentscheid (Bestätigung der Ablehnung in der Sache, Zweitbescheid[29]) wie auch ein abweichender (berichtigender) Sachentscheid nicht mehr beansprucht werden kann. Die Ablehnung eines neuen Sachentscheides geschieht in Form der Nichteintretensverfügung[30].

2. Der Grundsatz 'ne bis in idem' in der Gerichtspraxis

2.1 Entscheide, in denen der Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen oder verneint ist

a) Abweisung eines Rentengesuches:

Es steht dem Richter nicht zu, die Ausgleichskasse "zur Wiedererwägung ihrer damaligen Stellungnahme zu verhalten: zu einer gerichtlichen Weisung in diesem Sinne liefert das geltende Recht keine Handhabe."[31]

b) Abweisung eines Pensionsgesuches, weil de Erwerbsfähigkeit durch einen geringfügigen körperlichen Nachteil nicht beeinträchtigt war:

---

26) KRAUSE, S. 198
27) Vgl. § 3 I, S. 49 ff
28) KRAUSE, S. 198, der die selten relevante Verbindlichkeit nicht in Betracht zieht.
29) Vgl. 5. hienach, S. 73
30) Vgl. 4. hienach, S. 70
31) EVG 1950, S. 75

"Ob diese Beurteilung[32] der Erwerbsfähigkeit richtig war, darf heute nicht mehr überprüft werden; ..."[33]

c) Niedrigere Rentenfestsetzung, als sie der Versicherte beansprucht hatte:

"Hat aber der Versicherte unterlassen, die ursprüngliche Rentenfestsetzung ... anzufechten, so wurde eben dadurch Recht geschaffen und es muß angenommen werden, daß die fragliche Einschätzung den tatsächlichen Verhältnissen angepaßt war. Später kann darauf nicht mehr zurückgekommen werden, ...".[34]

Das Bundesgericht hat die res-iudicata-Wirkung negativer Verfügungen in zwei älteren Entscheiden ausdrücklich und vorbehaltlos verneint:

d) Verweigerung der Eintragung einer Firma ins Handelsregister:

"Die abweisende Verfügung hindert den Bürger nicht daran, später selbst wiederholt mit denselben Begehren unter Berufung auf die gleichen tatsächlichen Verhältnisse wiederum an die Behörde zu gelangen, und diese hat dann jedesmal eine erneute materielle Prüfung vorzunehmen (...)".[35]

e) Abweisung eines Löschungsgesuches durch das Handelsregisteramt:

"Die Registerbehörden können ... das Eintreten auf neue Eintragungs- und Löschungsgesuche nicht grundsätzlich ablehnen und neue Gesuche können jederzeit gestellt werden, auch wenn keine neuen entschiedenen (recte: entscheidenden) Tatsachen geltend gemacht werden. Dagegen kann der Registerführer selbstverständlich antworten, daß kein Grund bestehe, auf eine einmal ausgesprochene, vom Bundesgericht vielleicht gestützte Auffassung zurückzukommen, sofern ein solcher Grund wirklich nicht gegeben ist. Doch darf dann nicht das Eintreten verweigert werden, sondern das Gesuch ist materiell abzuweisen. ...". Bei ausgesprochener Trölerei dürfe der Registerführer indessen einen Nichteintretensentscheid fällen: "allein dann liegt der Grund des Nichteintretens nicht in der rechtlichen Kraft der früheren Entscheidung, sondern in der Abwehr eines Mißbrauches der Verwaltung."[36]

---

32) scil. die Beurteilung anläßlich der ersten Ablehnung
33) EVG 1960, S. 12
34) EVG 1944, S. 5
35) BGE 60 I 52
36) BGE 56 I 478

Diese rigorose Absage an die Rechtskraft ablehnender Verfügungen hat das Bundesgericht neulich[37] zurückgenommen:

f) "Il est vrai que, selon certains arrêts du Tribunal fédéral, une demande de nouvel examen serait toujours recevable lorsqu'elle vise une décision de refus (...). Si une telle opinion peut éventuellement se justifier dans certains cas, en raison de la nature même de la matière visée ou en vertu d'une disposition légale expresse ou d'une pratique administrative dans un secteur déterminé, on ne saurait en revanche lui donner la portée générale qui semble ressortir des arrêts précités."

Hiezu ist allerdings zu bemerken, daß dort, wo die res-iudicata-Wirkung einer Ablehnung infolge der Natur des bestimmten Rechtsgebietes nicht zum Zuge kommen kann, wie das Bundesgericht vage ausführt, die ablehnende Regelung durch Verfügung verfehlt ist. Auf derartigen Rechtsgebieten müßte sich die Verwaltung darauf beschränken, Gesuche gegebenenfalls lediglich mittels unverbindlicher Erklärungen abzulehnen. Eine Ablehnung durch Verfügung ist als solche immer rechtskräftig, es sei denn, sie müsse im konkreten Fall nach Maßgabe eingeschränkter normativer Voraussetzungen der Revision[38] zugeführt werden oder sie leide an einem Nichtigkeitsgrund[39]. Wo die Verwaltungspraxis trotz Verfügungskompetenz auf erneute Gesuche hin regelmäßig voraussetzungslos neue Sachentscheide zuläßt, ordnet die Verwaltung nicht ablehnende Verfügungen ohne Rechtskraft an, sondern sie macht dort von ihrer Verfügungskompetenz regelmäßig keinen Gebrauch[40].

Eine nähere Analyse der Rechtsprechung und Entscheidungspraxis der Bundesbehörden wird im übrigen zeigen, daß das Prinzip des 'ne bis in idem' hinsichtlich ablehnender Verfügungen im allgemeinen recht konsequent Nachachtung genießt.

2.2 Entscheide, die den Grundsatz im Zusammenhang mit Ausnahmen implizieren

Der Grundsatz der materiellen Rechtskraft wird durchbrochen,

---

37) BGE 100 Ib 372
38) Vgl. § 4, S. 77 ff
39) Vgl. § 5, S. 92 ff
40) Vgl. § 2 III, 3, S. 43 ff

wenn später schon zum Zeitpunkt der Entscheidung existierende Tatsachen oder Beweismittel entdeckt werden, die den Entscheid als von Anfang an fehlerhaft erscheinen lassen und früher unverschuldeterweise nicht beigebracht werden konnten (Revision). Revisionsgrund ist zudem der Umstand, daß auf den Entscheid in strafbarer Weise (Verbrechen oder Vergehen) eingewirkt worden ist. Weiter geben Verletzungen gewisser verfahrensrechtlicher Bestimmungen oder Grundsätze Revisionsgründe ab[41]. Andererseits ist die Rechtskraft begrenzt, indem sie sich einzig auf denselben Gegenstand bezieht (ne bis in idem[42]). Sie greift insbesondere dann nicht ein, wenn sich der Sachverhalt nachträglich verändert hat. Die Revision als Neuentdeckung schon dazumal existierender Tatsachen oder Beweismittel und die Sachverhaltsveränderung werden in der Gerichtspraxis häufig nicht exakt voneinander unterschieden und in Zusammenhang mit der Rechtskraft oft in einem Zuge genannt. Soweit die Überprüfungs- bzw. Wiedererwägungspflicht der Behörde bezüglich einer ablehnenden Verfügung vom Vorliegen eines der beiden Tatbestände (Revision oder Sachverhaltsveränderung) abhängig gemacht wird, ist anzunehmen, die Rechtskraft werde dem Grundsatz nach - wenngleich vielfach nur implicite - bejaht. Da es hier zunächst allein darum geht, anhand der Gerichtspraxis den Grundsatz des 'ne bis in idem' hinsichtlich ablehnender Verfügungen herauszustellen, sei der Unterschied zwischen neuentdeckten Tatsachen als Revisionsgrund und Sachverhaltsveränderungen vorläufig noch vernachlässigt[43].

Im geschilderten Zusammenhang stehen folgende Stellen aus der Gerichts- und Beschwerdepraxis:

a) Auf das 'ne bis in idem' wird in den folgenden Entscheiden ausdrücklich hingewiesen:

---

41) Einläßlicher zur Revision von Verfügungen § 4, S. 77
42) Vgl. § 8, S. 122; § 9, S. 124, § 10 S. 162
43) Eingehendere Ausführungen zur Revision § 4 II, 2; S. 85 zur Sachverhaltsveränderung § 10 II, S. 164

Ablehnung, einen Verwahrten zu entlassen:

"Da Wiedererwägungsgesuche nicht dazu dienen dürfen, mißliebige Entscheide stets wieder zur Diskussion zu stellen (...), ist die Verwaltungsbehörde nur in beschränktem Maße verpflichtet, diese materiell zu behandeln." Die Voraussetzungen, unter denen eine Verwaltungsbehörde ein Wiedererwägungsgesuch materiell zu behandeln hat, sind eine wesentliche Veränderung des Sachverhaltes seit dem ersten Entscheid oder das Bekanntwerden damals schon existierender Tatsachen und Beweismittel, die im ersten Verfahren nicht berücksichtigt werden konnten[44].

Abweisung der Ausrichtung von Hinterlassenenrenten:

"Grundsätzlich sind die Kassen nicht befugt[45], eine Verfügung durch eine neue identische zu ersetzen. ... Eine Ausnahme muß aber gemacht werden, wenn neue Tatsachen eingetreten oder bekannt geworden sind, welche möglicherweise zu einem anderen rechtlichen Ergebnis führen könnten."[46]

Verweigerung der Bewilligung, ein Kino zu eröffnen:

"Les demandes de nouvel examen ne sauraient servir à remettre continuellement en question des décisions administratives, ... Aussi les autorités administratives ne sont-elles obligées de s'en saisir et de statuer sur le fond que lorsque certaines conditions sont remplies." Diese Voraussetzungen sind eine wesentliche Veränderung des Sachverhaltes oder das Bekanntwerden damals schon existierender Tatsachen und Beweismittel, die im ersten Verfahren nicht berücksichtigt werden konnten.[47]

b) Folgende Beispiele aus der Gerichts- bzw. Beschwerdepraxis drücken die res-iudicata-Wirkung nicht explizit aus, doch implizieren sie diese im Zusammenhang mit der Revision oder der Sachverhaltsveränderung oder beiden Tatbeständen zusammen. Aus der jeweils gewählten Formulierung in der Begründung kann e contrario geschlossen werden, daß das 'ne bis in idem' eingreift,

---

44) VEB 1966, S. 41
45) Zutreffender wäre entsprechend der Interessenlage der Ausdruck "verpflichtet". Im Vordergrund steht doch das Interessenverhältnis zwischen dem Antragsteller und der Verwaltungsbehörde. Gegenüber dem Antragsteller ist die Behörde allenfalls verpflichtet, auf ein neues Gesuch einzutreten.
46) EVG 1957, S. 43
47) BGE 100 Ib 371 E. 3

wenn kein Revisionstatbestand oder keine Sachverhaltsveränderung vorliegen[48]).

aa) Implikation der Rechtskraft im Zusammenhang mit der Revision[49]):

Verweigerung von Militärversicherungsleistungen:

"Gemäß Art. 13 Abs. 1 MVG können die nicht weitergezogenen Verfügungen der Militärversicherung Gegenstand einer Revision bilden, 'wenn der Versicherte oder die Versicherung entscheidende neue Tatsachen entdeckt oder entscheidende Beweismittel auffindet, deren Beibringung ihnen vor Erlaß der angefochtenen Verfügung unmöglich war'".[50])

Verweigerung von Leistungen der Invalidenversicherung:

"Auf Gesuch eines Versicherten hin ist die Verwaltung verpflichtet, ihre Verfügungen wegen Entdeckung neuer Tatsachen oder neuer Beweismittel (oder wegen Einwirkung durch Verbrechen oder Vergehen auf den ergangenen Beschluß) zurückzunehmen."[51])

bb) Implikation der Rechtskraft im Zusammenhang mit einer Sachverhaltsveränderung:

Verweigerung einer Hilflosenrente:

"Sollte der Grad der Hilflosigkeit in letzter Zeit[52]) erheblich zugenommen haben, so wird sich die Verwaltung auf neue Anmeldung hin erneut mit der Sache zu befassen haben; ...".[53])

Verweigerung der Baubewilligung aus Gründen des Gewässerschutzes:

Die Verweigerung der Baubewilligung ist nicht endgültig. "Schlägt der Beschwerdeführer später beispielsweise eine geschlossene Grube vor, die in gewässerschutzpolizeilicher Hinsicht keine Bedenken ruft und deren Inhalt gemäß einer im Grundbuch eingetragenen Grundlast von einem Landwirt übernommen wird,

---

48) In gewundener und sich widersprechender Formulierung behandelt der Bundesrat in einem seiner Entscheide, VEB 1951, S. 51, die Rechtskraft einer Konzessionsverweigerung, wobei die Würfel am Ende doch noch zugunsten der Rechtskraft fallen.
49) Vgl. zu diesem Zusammenhang § 4 II, 2, S. 85
50) EVG 1968, S. 37
51) EVG 1963, S. 85
52) scil. während des Beschwerdeverfahrens
53) BGE 98 V 26

dann müßte (...) die Baubewilligung - mit Auflagen und Bedingungen - nachträglich erteilt werden. Einem neuen Begehren könnte nicht entgegengehalten werden, die frühere Entscheidung sei in Rechtskraft erwachsen und sei daher unabänderlich. (...)".[54)55)]

cc) Implikation der Rechtskraft im Zusammenhang mit der Revision und der Sachverhaltsveränderung:

Verweigerung der Erlaubnis, den Titel eines Doktors der Chiropraktik zu führen:

"Beim Schweigen des Gesetzes anerkennt die Rechtsprechung unmittelbar auf Grund des Art. 4 BV dann eine Pflicht der Verwaltungsbehörde, eine Verfügung auf Antrag des Betroffenen in Wiedererwägung zu ziehen und ein darauf gerichtetes Gesuch materiell zu behandeln, wenn eine gegenüber dem Tatbestand des ersten Entscheides wesentlich veränderte Sachlage vorliegt oder der Gesuchsteller für die Beurteilung der Verhältnisse erhebliche Tatsachen oder Beweismittel anruft, die früher nicht bekannt waren, oder die er in jenem Verfahren nicht geltend machte, weil er dazu nicht in der Lage war oder dafür keine Veranlassung bestand (...)."[56)]

Die Rechtskraft greift neben den Fällen der Revisionsvoraussetzungen auch dann nicht ein, wenn die Verfügung an einem evidenten und schwerwiegenden Fehler leidet. Unter diesen Umständen ist die Verfügung nichtig[57)].

Im Zusammenhang mit der Nichtigkeit wird die Rechtskraft ablehnender Verfügungen in folgenden Entscheiden impliziert:

Ablehnung der Haftung für die Folgen eines Unfallereignisses:

"Reste réservé, il est vrai, le réexamen par l'administration d'une décision sans nul doute erronée qui n'a pas été attaquée en temps util et qui est par conséquent passée en force."[58)]

Verweigerung von Leistungen der Invalidenversicherung:

---

54) BGE 94 I 500
55) Vgl. § 10 II, 3.32 und 3.33 S. 184f und 187f
56) BGE vom 13. März 1963, publ. in ZBl 1963, S. 303
57) Ausführlicheres zur Nichtigkeit § 5, S. 92
58) BGE 99 V 5

"Die Verwaltung ist allerdings befugt[59], eine Verfügung auch dann abzuändern, wenn sie zweifellos unrichtig war und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist."[60]

2.3 Zum Zusammenhang des 'ne bis in idem' mit der Befristung der Anfechtbarkeit

Zwischen der res-iudicata-Wirkung eines Entscheides und der gesetzlichen Befristung seiner Anfechtbarkeit besteht ein logischer Zusammenhang. Damit die gesetzlichen Rechtsmittelfristen überhaupt einen Sinn haben, muß spätestens mit deren Ablauf auch der Überprüfungsanspruch gegenüber der Vorinstanz verwirkt sein. Andernfalls könnte der Gesuchsteller nach Ablauf der Rechtsmittelfrist in derselben Angelegenheit erneut einen (gleichlautenden oder abweichenden) Sachentscheid geltend machen. Ein neuer Sachentscheid würde den Rechtsweg in der Sache selbst wieder eröffnen[61]. Auf diesen Zusammenhang wird in der Rechtsprechung da und dort hingewiesen:

a) Verweigerung der Bewilligung, ein Kino zu eröffnen

"Les demandes de nouvel examen ne sauraient servir à remettre continuellement en question des décisions administratives, ni surtout à éluder les dispositions légales sur les délais de recours."[62]

b) Abweisung der Ausrichtung von Hinterlassenenrenten:

"Grundsätzlich sind die Kassen nicht befugt, eine Verfügung durch eine neue identische mit neuer Rechtsmittelbelehrung zu ersetzen (...); es soll verhindert werden, daß die neue Verfügung bloß dazu dient, eine verpaßte Beschwerdefrist wieder aufleben zu lassen."[63]

c) Einreisesperrverfügung (die allerdings nicht eine negative Verfügung darstellt[64], aber einen verwandten Inhalt aufweist):

---

59) Vgl. FN 45 hievor, S. 60
60) EVG 1963, S. 86
61) Vgl. 5. hienach, S. 73 ff
62) BGE 100 Ib 371 E. 3
63) EVG 1957, S. 43
64) Vgl. § 1 II, 1, letzter Abschnitt, S. 7 f

"Wiedererwägungsgesuche dürfen jedoch nicht dazu dienen, früher unterlassene Einreichungen von Rechtsmitteln oder seitens des Rekurrenten mangelhaft durchgeführte Beschwerdeverfahren zu ersetzen und mißliebige Entscheide stets wieder zur Diskussion zu stellen. ...".[65]

d) Verfügung, mit der die Krankenkasse die Haftung für die Folgen eines bestimmten Ereignisses ablehnt:

"Suivant la jurisprudence, l'administration n'a en principe pas la faculté de rendre une nouvelle décision sur l'état de fait examiné dans une décision antérieure non attaquée en temps utile et d'ouvrir ainsi un nouveau droit de recours (...)."[66]

Daß die formelle und die materielle Rechtskraft gleichgerichtete Funktionen ausüben, wird im folgenden Passus aus der Praxis des Eidg. Versicherungsgerichtes besonders klar hervorgehoben:

e) In casu geht es um die revisionsweise Reduktion einer Rente (Ablehnung, für die Zukunft eine höhere Rente zu entrichten):

"Hat aber der Versicherte unterlassen, die ursprüngliche Rentenfestsetzung oder eine revisionsweise Reduktion anzufechten, so wurde eben dadurch Recht geschaffen und es muß angenommen werden, daß die fragliche Einschätzung den tatsächlichen Verhältnissen angepaßt war. Später kann darauf nicht mehr zurückgekommen werden, ...".[67]

In den folgenden drei Beispielen aus der Gerichtspraxis wird die gesetzliche Befristung der Anfechtbarkeit ausdrücklich übergangen. Der Grund hiefür liegt offenbar in der Tatsache, daß alle drei Verwaltungsakte an einem offensichtlichen und

---

65) VEB 1956, S. 104
66) BGE 99 V 5
67) EVG 1944, S. 5; vgl. auch EVG 1950, S. 74
68) Neben den eben angeführten Stellen aus der Praxis, wo jeweils ein ablehnender Verwaltungsakt in Frage steht, seien noch weitere Entscheide angeführt, in denen der logische Zusammenhang zwischen der materiellen Rechtskraft und der Befristung der Anfechtbarkeit auch anderer als negativer Verfügungen hervorgehoben wird: EVG 1962, S. 201; EVG 1955, S. 43; EVG 1953, S. 147; EVG 1952, S. 68; VEB 1961, S. 141 f; VEB 1958, S. 163 f

schweren Fehler leiden. Das Bundesgericht hätte daher das Problem jeweil in methodisch einleuchtender Weise lösen können, ohne die Rechtsmittelfrist zu mißachten:

f) Die PTT erteilte einer Firma die Konzession zur Erstellung von Schwachstromanlagen im Anschluß an das staatliche Telefonnetz. Mit dieser Konzession verknüpfte sie die Auflage einer Meldepflicht bezüglich der Erstellung nicht der Konzession unterliegender Anlagen. Die Auflage ist als teilweise Ablehnung des Antrages auf Erteilung der Konzession aufzufassen, da der Antragsteller an einer von Auflagen unbelasteten Konzession interessiert ist. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, die mit Eröffnung der Konzessionsverfügung zu laufen begonnen hatte, focht der Konzessionär die Auflage an. Dazu äußert das Bundesgericht folgendes: Die Konzessionsverfügung "hätte, was die darin dem Konzessionär auferlegte Meldepflicht betrifft, bei Erteilung der Konzession mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden können. Daß dies seinerzeit unterblieben ist, kann jedoch nicht die Folge haben, daß die Auflage nicht noch nachträglich angefochten werden könnte; dies aus einem doppelten Grund." Die in Frage stehende Konzession lasse zu, "daß der daraus Berechtigte auf die Ausübung der ihm eingeräumten Tätigkeit oder auf die Konzession selbst nachträglich verzichtet und nach solcher Verzichterklärung neuerdings eine gleiche Konzession verlangen kann. Erfüllt er dabei die Bedingungen, bei deren Vorliegen die Konzession auch anderen Bewerbern erteilt wird, so muß sie ihm neuerdings erteilt werden. Der Konzessionär hat es damit in der Hand, sich von mit der ersten Konzession verbundenen Auflagen allenfalls dadurch zu befreien, daß er die neuerliche Erteilung, die eine vom Konzessionär als unzulässig erachtete Auflage wieder enthalten sollte, mit verwaltungsgerichtlicher Beschwerde anficht. ... Es spricht dafür noch ein weiterer Grund. Oberste Richtschnur für die Tätigkeit der Verwaltung ist dort, wo sie nicht ausdrücklich auf ihr freies Ermessen verwiesen wird, das Gesetz. Es gilt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Ihre Verfügungen haben verbindliche Kraft nur insoweit, als sie rechtmäßig sind."69)

Den Ausführungen des Bundesgerichtes ist zu entnehmen, daß der Konzessionär auf die Ausübung der Konzession verzichten und jederzeit eine neue Konzessionsverfügung beanspruchen könne. Mit Rücksicht auf die Verwaltungsökonomie und auf das Bedürfnis nach Orientierungssicherheit der Verwaltung anhand ihrer eigenen Einzel-

---

69) Das ist nicht richtig, vgl. § 2 II, 3, S. 35

entscheide[70] wäre das indes im allgemeinen eine unbefriedigende Rechtslage. Daher ist der PTT-Verwaltung das Recht einzuräumen, neue Konzessionsanträge nach erfolgter Konzessionserteilung mit Auflagen erst nach Ablauf einer bestimmten längeren Frist in der Sache zu behandeln. Diese Frist kann sie im Rahmen ihres Ermessensbereiches[71] (eventuell reglementarisch) festsetzen. Jedenfalls darf der Konzessionär nicht jederzeit eine neue Konzessionsverfügung beanspruchen können, wie das Bundesgericht meint. Das führt, wie der Entscheid zeigt, zur völligen Unwirksamkeit der gesetzlichen Rechtsmittelfristen und steht insofern ebenso im Widerspruch zum Legalitätsprinzip.

Das Bundesgericht hätte in seinem Entscheid mit eleganterer Begründung zum selben Resultat gelangen können, ohne das System der befristeten Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten aus den Angeln zu heben. Daß die PTT-Verwaltung an die Ausübung der Konzession eine Bedingung geknüpft hat, die sich nicht auf eine unter die Regalpflicht fallende Tätigkeit bezieht, läßt die Rechtswidrigkeit der Auflage als derart evident erscheinen, daß diese nichtig ist. Deren Nichtigkeit kann jederzeit festgestellt werden[72]. Die Evidenz der Fehlerhaftigkeit drückt sich in folgenden Formulierungen des Bundesgerichtes aus:

"Dabei ist klar, daß es der Verwaltung nicht zustehen kann, die Ausübung der Konzession an Bedingungen zu knüpfen, die sich nicht auf eine unter die Regalpflicht fallende Tätigkeit beziehen."

"Wie die Meldepflicht auf Art. 15 Abs. 2 VO gestützt, d.h. wie insbesondere die Vivavoxanlage zu einem die Interessen der PTT-Verwaltung schädigenden Zweck benützt werden könne, ist nicht erfindlich, noch inwiefern sie Bestand, Betrieb oder künftige Entwicklung des staatlichen Telephons hindern könnte."[73]

g) In gleicher Weise wird die Befristung der Anfechtbarkeit in einem alten Bundesgerichtsentscheid außer Acht gelassen, wo es um die Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe ging. Dem Einwand, der Rekurs gegen

---

70) Vgl. § 2 II S. 26 und III, S. 36
71) Vgl. Art. 16 der Verordnung I vom 10. Dezember 1973 zum Telegraphen- und Telefonverkehrsgesetz (SR 784.101)
72) Vgl. § 5 I, S. 92 ff
73) BGE 71 I 190 ff, letzte Zitate S. 200 bzw. S. 201

die Verweigerung der Anerkennung sei verspätet, hält das Bundesgericht entgegen, "daß dem Rekurrenten jedenfalls freistände, von neuem mit einem Gesuch um Anerkennung seiner Ehe bei der urnerischen Behörde einzukommen und gegen einen erneuten abschlägigen Bescheid derselben alsdann innert der sechzigtägigen Rekursfrist des Art. 59 leg. cit. wiederum den Rekurs an das Bundesgericht zu ergreifen."[74] Daraus zieht das Bundesgericht den Schluß, daß eine Beschwerde gegen eine negative Verfügung nie verspätet sein könne, selbst wenn das Gesetz eine Rechtsmittelfrist vorsehe.

Dem Ergebnis des Entscheides ist durchaus zuzustimmen; er ist indes falsch begründet. Die Ablehnung der Anerkennung der Ehe erweist sich auf den ersten Blick als derart unhaltbar, daß sie als nichtig aufzufassen ist. Das Bundesgericht führt denn auch im weiteren aus, daß seine - oben zitierten - Erwägungen über die Wirksamkeit der Rechtsmittelfrist "umso mehr gelten, als der Rekurs materiell offenbar begründet ist."

h) In analoger Weise zu den eben ausführlich erörterten Entscheiden hat das Bundesgericht die Befristung der Anfechtbarkeit in einem anderen Urteil[75] unberücksichtigt gelassen. Auch dort wäre das Problem unter dem Gesichtspunkt der Nichtigkeit wegen offensichtlicher Rechtswidrigkeit - es ging um die offensichtliche Verletzung des Rechts auf Namensschutz - des Entscheids zu lösen gewesen.

Der Zusammenhang zwischen materieller und formeller Rechtskraft wird auch im folgenden Entscheid[76] mißachtet, ohne daß hier jedoch der Ausweg über die Nichtigkeit offensteht:

i) Es ging um die Wiederholung des Gesuches, für eine Kollektivgesellschaft die Firma "Gebrüder Bürgi" ins Handelsregister einzutragen. "Die abweisende Verfügung hindert den Bürger nicht daran, später selbst wiederholt mit denselben Begehren unter Berufung auf die gleichen tatsächlichen Verhältnisse wiederum an die Behörde zu gelangen, und diese hat dann jedesmal eine erneute materielle Prüfung vorzunehmen (...). Gegen den neuen Entscheid hat der Betroffene dann wieder ein Beschwerderecht, ...".[77]

Dieser Entscheid ist nicht nur in seiner Begründung falsch, indem er die Rechtsmittelfristen außer Acht läßt, sondern auch in seinem Ergebnis. Die Ablehnung

---

74) BGE 7 S. 662; die hier angeführte Kritik gilt analog auch für BGE 17 S. 228
75) BGE 83 I 27 ff
76) BGE 60 I 49 ff
77) BGE 60 I 52

des Handelsregisteramtes ist zwar unrichtig, wie das Bundesgericht in seinen materiellrechtlichen Erwägungen weiter ausführt, aber nicht offensichtlich haltlos. Nichtigkeit kann hier meines Erachtens nicht angenommen werden. Die neuere Praxis relativiert denn auch das in diesem Entscheid Ausgeführte[78].

3. Verhältnis der Rechtskraft ablehnender Verwaltungsakte zu gesetzlich vorgesehenen Nachzahlungsansprüchen

Im Sozialversicherungsrecht sind Bestimmungen anzutreffen, die die Nachzahlung nicht bezogener Versicherungsleistungen vorsehen:

> "Der Anspruch auf Nachzahlung erlischt mit dem Ablauf von 5 Jahren seit Ende des Monats, für welchen die Leistung geschuldet war."[79]

> "Wer eine ihm zustehende Rente nicht bezogen oder eine niedrigere Rente erhalten hat, als er zu beziehen berechtigt war, kann den ihm zustehenden Betrag von der Ausgleichskasse nachfordern. Erhält eine Ausgleichskasse Kenntnis davon, daß ein Rentenberechtigter keine oder eine zu niedrige Rente bezogen hat, so hat sie den entsprechenden Betrag nachzuzahlen. Vorbehalten bleibt die Verjährung gemäß Artikel 46 des Bundesgesetzes."[80]

> Analoge Bestimmungen[81] regeln die Rückerstattung unrechtmäßig bezogener Renten, der Anspruch auf Rückerstattung nicht geschuldeter, bezahlter Beiträge und die Nachzahlung geschuldeter Beiträge. Da diese Regeln nicht in den Zusammenhang mit ablehnenden Verfügungen gebracht werden können, sind sie hier belanglos.

Unter dem Gesichtspunkt der wiedergegebenen Gesetzesbestimmungen stellt sich die Frage, inwiefern Nachzahlungen von Versicherungsleistungen vorgenommen werden müssen, wenn diese vorgängig durch Verfügung verweigert worden sind. Fallen unter die nachzuzahlenden Leistungen nur diejenigen, die im Rahmen der De-facto-Erledigung[82] oder nach Maßgabe einer positiven Verfügung irrtümlicherweise nicht entrichtet worden sind, und

---

78) s. BGE 100 Ib 372; vgl. § 3 II, 2.1, Beispiel f, S. 58
79) Art. 48 Abs. 1 IVG und Art. 46 Abs. 1 AHVG
80) Art. 77 AHVV
81) Art. 47 AHVG, Art. 78 ff AHVV; Art. 16 Abs. 3 AHVG, Art. 39 AHVV und Art. 41 AHVV; Art. 49 IVG
82) Vgl. § 3 I S. 49 ff; § 7 II, S. 118 ff

nur diejenigen, die in Verzögerung noch nicht Gegenstand einer Verfügung waren, oder gehören auch solche Leistungen dazu, die rechtswidrig durch Verfügung verweigert worden sind?

Eine Nachzahlung unmittelbar aufgrund von Art.77 AHVV nach erfolgter Ablehnung durch Verfügung würde die Verbindlichkeit dieses Verwaltungsaktes verletzen. Die Ablehnung müßte zunächst durch eine neue Verfügung entsprechenden Inhaltes ersetzt werden. Der contrarius actus darf indes nicht ohne weiteres erfolgen, da ihm die res-iudicata-Wirkung der Ablehnung grundsätzlich entgegensteht. Die angeführten Bestimmungen ändern an der Tragweite der Rechtskraft - weder an der Verbindlichkeit noch an der Endgültigkeit ('ne bis in idem' der Verfügung) - nichts. Das hat das Eidg. Versicherungsgericht in aller Deutlichkeit ausgesprochen:

> Ablehnung eines Rentengesuches durch Verfügung; späteres Begehren, die Rente ex tunc nachzuzahlen:
>
> Den Beschwerdeinstanzen fehlt "die Kompetenz, die Ausgleichskasse zur Wiedererwägung ihrer damaligen Stellungnahme zu verhalten: zu einer gerichtlichen Weisung in diesem Sinn liefert das geltende Recht keine Handhabe. Insbesondere ist eine solche - entgegen der im Mitbericht des Bundesamtes für Sozialversicherung angedeuteten Auffassung - nicht etwa mit Art. 77 AHVV gegeben; denn die Vorschrift bezieht sich auf die Auszahlung bereits zugesprochener Renten und derogiert den normalen Wirkungen der Rechtskraft in keiner Weise."[83]

---

83) EVG 1950, S. 75; das Gericht hatte mittlerweile - soweit ersichtlich - keine Gelegenheit mehr, zum Verhältnis der Rechtskraft von ablehnenden Verfügungen zu den Bestimmungen der Art. 48 Abs. 1 IVG, Art. 46 Abs. 1 AHVG bzw. 77 AHVV Stellung zu nehmen. Die analogen Bestimmungen (s. FN 81 hievor) standen indes im Verhältnis zur Rechtskraft von Beitrags- (EVG 1951, S. 37; EVG 1953, S. 77; EVG 1958, S. 65 f) und Rentenverfügungen (EVG 1958, S. 242) zur Diskussion; dabei wurde der Rechtskraft einzig in EVG 1958, S. 65 f ihr Platz eingeräumt; die anderen Entscheide sind im Resultat zwar kaum zu kritisieren, doch fehlt es an der dogmatisch richtigen Einordnung der Rechtskraft im Aufbau der Begründung.

Diese Auffassung des Sozialversicherungsgerichtes ist zu billigen. Das 'ne bis in idem' will die Diskussion um die Rechtmäßigkeit der Ablehnung abschließen, weshalb eine Nachzahlung "rechtswidrig" abgelehnter Leistungen, die das Wiederaufrollen dieser Diskussion voraussetzen würde, damit ausgeschlossen ist.

4. Die Weigerung der Verwaltung, einen Verwaltungsakt auf neuen Antrag hin zu überprüfen bzw. in Wiedererwägung zu ziehen (Nichteintretensentscheid)

Der Anspruch auf einen Sachentscheid ist verfahrensrechlicher Natur. Er besteht dann, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen (ungenau: Verfahrensvoraussetzungen bzw. Prozeßvoraussetzungen im gerichtlichen Verfahren, da schon die Beurteilung der Voraussetzungen eines Entscheides in der Sache im Verfahren geschieht[84]) erfüllt sind. Sachentscheidungsvoraussetzung ist auch der Umstand, daß die gleiche Sache nicht bereits in einem Verfahren anhängig oder schon durch Verfügung entschieden worden ist[85]. Liegt in derselben Sache schon eine gültige, d.h. nicht nichtige Verfügung vor und ist kein Revisionsgrund gegeben, so beantwortet die Verwaltung einen neuen Antrag mit einem Nichteintretensentscheid. Der Nichteintretungsentscheid ist das verfahrensrechtlich adäquate Mittel, um die Überprüfung oder Wiedererwägung einer Verfügung zu verweigern. Dabei spielt es keine Rolle, wo in concreto unter dem Gesichtspunkt der Rechtskraft die

84) KUMMER, Grundriß, S. 74; GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 74; Sachentscheidungsvoraussetzung ist z.B. neben der Zuständigkeit insbesondere das schutzwürdige Interesse des Antragstellers an der beantragten Verfügung, GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S.27 und dort angeführter BGE 98 Ib 58 ff E. 3

85) Vgl. KUMMER, Grundriß, S. 74, hinsichtlich des Zivilprozesses; GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 75, hinsichtlich des Verwaltungsprozesses.

rechtliche Problematik liegt, ob sie sich etwa auf die Frage konzentriert, ob ein Revisionsgrund vorliege, ob die ehemals getroffene Verfügung nichtig sei oder ob Identität des Verfügungsgegenstandes (Steht im Rahmen des neuen Antrages in allen Teilen schon Entschiedenes zur Entscheidung?), des Rechtssatzes oder der Parteien vorliege. Ist die erste Verfügung gültig (nicht nichtig), liegt kein Revisionsgrund vor und besteht Identität des Verfügungsgegenstandes, des anzuwendenden Rechtssatzes und der Parteien, so trifft die Verwaltungsbehörde - will sie auf die Rechtskraft der ersten Verfügung nicht verzichten - einen instanzabschließenden Nichteintretensentscheid.

> "L'autorité saisie d'une demande de nouvel examen doit tout d'abord contrôler si les conditions requises pour l'obliger à statuer sont remplies. Si tel est le cas, elle doit entrer en matière sur le fond, au besoin compléter l'instruction, et rendre une nouvelle décision au fond contre laquelle sont normalement ouvertes les voies de droit habituelles. Mais si elle estime que les conditions requises ne sont pas remplies, alors même que le requérant prétendrait le contraire, elle peut refuser d'examiner le fond de la requête, sans que sa décision fasse courir un nouveau délai de recours sur le fond; ...".[86]

Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen nicht immer mit der wünschenswerten Entschiedenheit vorgezeigt:

> "Die Vorschrift des Art. 24 Abs. 3 GbVO, wonach die Abweisung einer Anmeldung mit dem unbenutzten Ablauf der Beschwerdefrist rechtskräftig wird, bedeutet lediglich, daß die abgewiesene Anmeldung nicht ein zweites Mal eingereicht werden kann. Ob eine entgegen dieser Vorschrift erfolgte Neueinreichung der gleichen Anmeldung mit Nichteintreten oder mit Abweisung beschieden werden müsse, kann hier dahingestellt bleiben."[87]

Häufig vermischen sich Gesichtspunkte im Eintretensverfahren mit solchen der materiellen Anspruchsbegründung, wenn es um die Abgrenzung der Rechtskraft eines früheren Entscheides geht. Das ist besonders bei der Feststellung der Identität

---

86) BGE 100 Ib 372
87) BGE 71 I 422

des Verfügungsgegenstandes, d.h. des Antrages und des Sachverhaltes, der Fall. Hierüber soll um des engeren Zusammenhanges willen an den gegebenen Stellen Einläßlicheres ausgeführt werden[88]. Hier sei lediglich betont, daß alle die Fragen um die Rechtskraft (Revisionsgrund, Nichtigkeit oder Identität des Verfügungsgegenstandes) jeweils im Eintretensverfahren zu stellen und zu beantworten sind und funktionell mit der materiellen Begründetheit des neuen Antrages nichts zu tun haben, wenngleich sich die verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Kriterien häufig eng berühren[89].

Nichteintretensentscheide sind ablehnende Verwaltungsverfügungen, soweit sie im übrigen die Begriffsmerkmale der Verfügung aufweisen. Im Geltungsbereich des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren ergibt sich das aus der ausdrücklichen Zuordnung der Nichteintretensentscheide zum Verfügungsbegriff[90]. Als Verfügungen stellen die Nichteintretensentscheide Anfechtungsobjekte der befristeten Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde dar[91]. Gegen den Nichteintretensentscheid auf ein Wiedererwägungsgesuch hin kann z.B. auch nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 28 Abs. 2 des solothurnischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes Beschwerde geführt werden[92]. Mithin eröffnet die wegen res iudicata angeordnete Nichteintretensverfügung erneut den Beschwerdeweg, jedoch nicht in der Sache selbst, sondern zunächst allein hinsichtlich des verfahrensrechtlichen Anspruchs auf einen neuen Sachentscheid.

> Findet die Behörde, daß die Voraussetzungen, einen neuen Sachentscheid zu fällen, nicht gegeben seien, "elle peut refuser d'examiner le fond de la requête, sans que sa décision fasse courir un nouveau délai de

88) Vgl. § 9 IV 3, S. 137 f; § 10 II 3.333, S. 196 f
89) Vgl. § 9 IV 3, S. 137 f; § 10 II 3.333, S. 196 f
90) Art. 5 Abs. 1 lit. c VwG
91) Art. 44 VwG, Art. 97 OG
92) Gesetz über den Rechtschutz in Verwaltungssachen vom 15. November 1970, Solothurnische Gesetzessammlung 124.111

recours sur le fond; le requérant peut simplement recourir en alléguant que l'autorité inférieure a nié à tort l'existence des conditions requises."93)

"Bei Rekursen gegen Nichteintretensentscheide hat die obere Instanz zunächst zu prüfen, ob es die Vorinstanz zu Recht abgelehnt hat, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten. Trifft dies zu, so ist der Rekurs im Rahmen dieser beschränkten Kognition abzuweisen. Wenn die Vorinstanz zu Unrecht auf ein Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten ist, so prüft die Rekursinstanz, ob sich die Abänderung des früheren Entscheides rechtfertige. Sie entscheidet selbst in der Sache (...) oder weist die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.94)

Aus der staatsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts:95)

"Die Nichtanhandnahme eines Wiedererwägungsgesuches ist dagegen nur anfechtbar, wenn behauptet wird, die Behörde wäre zu einer materiellen Prüfung verpflichtet gewesen oder sie habe sonstwie in verfahrensrechtlicher Hinsicht Verfassungsrecht verletzt (...)."

IMBODEN96) führt unter Hinweis auf entsprechende Entscheide aus, daß Verfügungen, durch die das Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch abgelehnt werde, nicht anfechtbar seien, sofern kein Rechtsanspruch auf Neuprüfung bestehe. Im Beschwerdeverfahren gegen den Nichteintretensentscheid ist indes gerade zu entscheiden, ob ein solcher Anspruch bestehe und verletzt worden sei.

5. Neue identische Verwaltungsakte (Zweitbescheide) und ihre Anfechtbarkeit

Häufig kommt es vor, daß eine Verwaltungsbehörde darauf verzichtet, die Rechtskraft einer (meist ablehnenden) Verfügung geltend zu machen und eine neue, identische (ablehnende) Verfügung in der Sache trifft.

93) BGE 100 Ib 372
94) VEB 1956, S. 103
95) BGE vom 13. März 1963, publ. in ZBl 1963, S. 303
96) IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung II, S. 662, V

> In der bundesdeutschen Lehre[97] wird ein neuer Sachentscheid in derselben Sache etwa als Zweitbescheid bezeichnet, wobei der Ausdruck mitunter - m.E. zweckmäßigerweise - auf den bestätigenden Entscheid in der Sache beschränkt wird. Kein Zweitbescheid stellt die Rücknahme der ersten Verfügung dar[98]. Als Zweitbescheid sollte nur ein inhaltlich mit früherem identischer Sachentscheid bezeichnet werden, der unter Verzicht auf die Einrede der entschiedenen Sache ergangen ist.

Es stellt sich die Frage, wie die Beschwerdeinstanz gegenüber einem solchen Verhalten der Behörde zu entscheiden hat, wenn gegen den neuen identischen Sachentscheid, der an sich den Rechtsweg erneut öffnet, innerhalb der neu angesetzten Rechtsmittelfrist Beschwerde geführt wird. Kann die Beschwerdeinstanz die Rechtskraft der ersten Verfügung geltend machen und wegen Verspätung des Rechtsmittels gegen diese Verfügung Nichteintreten beschließen, so daß der Zweitbescheid neben der ersten Verfügung selbst verfahrensrechtlich keine Rechtswirkungen erzeugt, oder hat sie das Vorgehen der Behörde hinzunehmen und das Rechtsmittel als gegen den zweiten, selbständigen Sachentscheid gerichtet wie gewöhnlich zu behandeln?

Entscheide des Eidg. Versicherungsgerichts deuten darauf hin, daß die Beschwerdeinstanz eine identische Ablehnung durch Verfügung nicht hinzunehmen und daher auf eine gegen diese gerichtete Beschwerde nicht einzutreten braucht:

> "Suivant la jurisprudence, l'administration n'a en principe pas la faculté de rendre une nouvelle décision sur l'état de fait examiné dans une décision antérieure non attaquée en temps utile et d'ouvrir ainsi un nouveau droit de recours (...)."[99]

> "Grundsätzlich sind die Kassen nicht befugt, eine Verfügung durch eine neue identische mit neuer Rechtsmittelbelehrung zu ersetzen (...); ...".[100]

---

97) WOLFF, S. 473
98) Anders WOLFF, a.a.O.
99) BGE 99 V 4/5
100) EVG 1957, S. 43

Beide Entscheide sprechen davon, daß die Verwaltung nicht befugt sei, auf ein "Wiedererwägungsgesuch" hin ohne ersichtlichen Grund (Revisionsgrund, Nichtigkeit oder Sachverhaltsänderung) einen identischen Sachentscheid zu fällen. Welche Konsequenz im Rechtsmittelverfahren (Nichteintreten?) zu ziehen sei, wenn die Verwaltung diese Pflicht verletzt, wird nicht ausgesprochen, da sie in beiden Fällen ihre Befugnisse nicht überschritten hat. Das Sozialversicherungsgericht nimmt dazu hinsichtlich ablehnender Verfügungen auch anderswo nirgends Stellung.

Mit dem fraglichen Sachverhalt befaßt sich indessen das Bundesgericht in einer Reihe von Entscheiden:

> "Enfin si, sans y être obligée, l'autorité examine le fond d'une demande de nouvel examen et rend une nouvelle décision au fond, les voies de recours habituelles sont également ouvertes contre cette nouvelle décision."101)

> "Angefochtener Entscheid ... ist im vorliegenden Fall nicht die Verfügung des Amtes vom 13. Dezember 1968, sondern diejenige vom 19. Januar 1969. Denn mit dieser ist das Amt auf das Wiedererwägungsgesuch gegen seine erste Verfügung, mit dem teilweise neue Argumente vorgebracht wurden, eingetreten und hat einen neuen, beschwerdefähigen Sachentscheid gefällt."102)

> "Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes enthalten Wiedererwägungsentscheide insoweit eine der staatsrechtlichen Beschwerde unterliegende Verfügung, als die Behörde auf ihre frühere Entscheidung materiell zurückgekommen ist (...)."103)

> "Das Amt für das Handelsregister ist der Auffassung, zwischen dem 14. Oktober 1959 und dem 11. Mai 1960 habe sich am Sachverhalt, der seinem ersten Entscheide zugrundelag, nichts geändert. Man kann sich fragen, ob es unter diesen Umständen im Sinne einer guten Verwaltung lag, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten und einen neuen Sachentscheid zu fällen. Das Bundesgericht hat indessen diese Frage nicht zu beantworten. Es muß hinnehmen, daß am 11. Mai 1960 ein solcher Entscheid erging und daß die Beschwerdeführer am 11. Juni 1960 gegen ihn rechtzeitig die Beschwerde erklärten (...)."104)

---

101) BGE 100 Ib 372 f
102) BGE 95 I 278
103) BGE vom 13. März 1963, publ. in ZBl 1963, S. 303
104) BGE 86 I 246

> Hin und wieder wird eine identische Verfügung (Ablehnung), gegen die eine neue Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt, von der Beschwerdeinstanz ohne Kommentar hingenommen[105].

Demzufolge schreibt sich das Bundesgericht keine Mittel zu, sich gegen die Verlängerung der Rechtsmittelfrist durch ablehnende Zweitbescheide der Verwaltung zur Wehr zu setzen. Ob diese Rechtsprechung angesichts des Grundsatzes, wonach die Gerichte die Verfahrens- bzw. Prozeßvoraussetzungen von Amtes wegen zu überprüfen haben[106], richtig ist, ist fraglich. Bei strenger Anwendung des Grundsatzes hätte die Beschwerdeinstanz zu überprüfen, ob der angefochtene Zweitbescheid in Verletzung der Rechtskraft der ersten Ablehnung ergangen und, wenn das zutrifft, die Rechtsmittelfrist gegen diese abgelaufen sei.

Nach bundesdeutscher Lehre sind gegen einen Zweitbescheid alle Rechtsmittel eröffnet, die gegen den Erstbescheid zulässig waren[107].

---

105) BGE 83 I 242 ff; BGE 70 I 216 ff
106) vgl. BGE 96 I 191, E 1
107) WOLFF, S. 473

§ 4 DIE REVISION IM ZUSAMMENHANG MIT DEM NEGATIVEN VERWALTUNGSAKT

I. DIE REVIDIERBARKEIT ABLEHNENDER VERWALTUNGSAKTE

Als Ausfluß der Rechtskraft ist der Anspruch auf einen weiteren Sachentscheid nach erfolgter Verfügung konsumiert (Ausschluß des Wiedererwägungs- bzw. Überprüfungsanspruchs). Ein neuer Antrag ist danach mit Nichteintretensentscheid zu erledigen, sofern Identität des Sachverhalts, des Rechtssatzes und der Parteien vorliegt. Wo jedoch das Gesetz oder die Rechtsprechung[1] Revisionsgründe[2] (Wiederaufnahmegründe) vorsieht, erleidet die Rechtskraft Ausnahmen. Revisionsgründe sind als Durchbrechungen des 'ne bis in idem' aufzufassen. Sie sind daher nur dort sinnvoll, wo rechtskräftige Entscheide institutionalisiert sind[3]. Der Rechtskraft nicht teilhaftige Entscheide schließen die voraussetzungslose Überprüfbarkeit per definitionem nicht aus. Insoweit müßten das Gesetz oder die Rechtsprechung auch keine Tatbestände formulieren, die einen Überprüfungsanspruch ausnahmsweise, unter bestimmten Voraussetzungen gewähren. Daher bedingen die Revisionsgründe (Ausnahmen) die Rechtskraftfähigkeit (Regel). Ohne daß eine Regel gilt, haben Ausnahmen keinen Sinn.

Aus dem Umstand, daß das Bundesgericht im Zusammenhang mit ablehnenden Verfügungen von Revisionsgründen spricht, kann der Schluß gezogen werden, die Rechtskraft dieser Verfügungen

---

1) Vgl. FN 14 hienach, S. 80
2) Die Revision im hier gemeinten Sinn darf nicht verwechselt werden mit der Rentenrevision im Invalidenversicherungsrecht, vgl. § 10 3.332 FN. 86, S. 195
3) "Terminologisch sei vorausgeschickt, daß die Revision nur Verwaltungsverfügungen angeht, für die ... eine materielle Rechtskraftwirkung überhaupt in Betracht fällt." GYGI, ZSR 1959 I, S. 402; vgl. auch BETTERMANN, Wiederaufnahme abgeschlossener Verwaltungsverfahren, Festschrift WOLFF, S. 466

werde durch die Rechtsprechung anerkannt. Andernfalls hätte sich das Bundesgericht in einen begriffslogischen Widerspruch begeben[4].

Wo die Rechtskraft von Entscheidungen durch das Gesetz oder die Rechtsprechung institutionalisiert ist, muß aus rechtspolitischen Überlegungen unter besonderen Voraussetzungen die Revision zugelassen sein. Der Grundsatz des 'ne bis in idem' erfordert in Ausnahmefällen die Möglichkeit der Revision der Entscheidung. Dieses Institut hat in jedem Verfahren Platz und ist in jedem Verfahren notwendig, das rechtskräftige Entscheidungen hervorbringt[5]. Die Rechtskraft würde in bestimmten Fällen (Revisionsgründe) zu weit gehen und könnte insofern der Sache nicht gerecht werden. Bei der Formulierung der Revisionsgründe geht es darum, im Spannungsfeld zwischen dem Postulat der Rechtssicherheit (Orientierungssicherheit anhand des Einzelentscheides[6] und dem Erfordernis der materiellen Rechtmäßigkeit normativ dort eine Korrekturmöglichkeit einzuräumen, wo die Rechtskraft nicht sachgerecht die Seite der Rechtssicherheit zu stark vertritt. Die Revisionsgründe sind für den Verwaltungsakt weiter zu fassen als für den Richterspruch, da jener nicht von einer unabhängigen Instanz stammt und mit unterschiedlich ausgebildeten Verfahrensvoraussetzungen das Zustandekommen eines

---

4) In diesem Zusammenhang sind Ausführungen im Aufsatz von PFENNINGER, "Ne bis in idem im schweizerischen Strafprozeßrecht" von Interesse (ZStR 27, 1964, S. 166). PFENNINGER führt dort aus, daß einige Strafprozeßordnungen den Grundsatz 'ne bis in idem' stillschweigend anerkannte. Stillschweigende Anerkennung liege vor, wenn zwar der Grundsatz selbst nirgends expressis verbis ausgesprochen werde, seine Geltung aber aus anderen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere aus solchen strafprozeßualen Charakters, mit Sicherheit abgeleitet werden könne. Solche Indizien seien: Die Befristung der ordentlichen Rechtsmittel und die Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens (Revision, Restitution).

5) BETTERMANN, Wiederaufnahme abgeschlossener Verwaltungsverfahren, Festschrift WOLFF, S. 466

6) Vgl. § 2 II 1.1, S. 26

richtigen Ergebnisses weniger gewährleistet als der Richterspruch[7]. Die Revision der Verwaltungsverfügung knüpft daher vor allem an Verfahrensmängel an[8]. Sie wird durch die Behörde vorgenommen, die den zu revidierenden Entscheid erlassen hat (magistratus a quo), und nicht durch eine übergeordnete Instanz[9].

> Wo der Gesetzgeber das Institut der (rechtskräftigen) Verfügung einrichtet, hat er gleichzeitig auch die Voraussetzungen der Revision dieser Verfügungen zu umschreiben. Die Revisionsgründe sind in den entsprechenden Verfahrensgesetzen zu normieren, da sie sich mit dem verfahrensrechtlichen Anspruch oder der verfahrensrechtlichen Zulässigkeit der Überprüfung eines Entscheids befassen.
>
> Nun hat ausgerechnet das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes die Revision von Verfügungen nicht geregelt. Die dortigen Revisionstatbestände[10] beziehen sich nicht auf erstinstanzliche Verfügungen, sondern allein auf Beschwerdeentscheide. Der Bundesrat führt in seiner Botschaft zum Verwaltungsverfahrensgesetz[11] aus, daß sich die "Wiedererwägung" von Verfügungen erster Instanz nach allgemeinem, ungeschriebenem Verwaltungsrecht bestimme, das nicht ohne Not kodifiziert werden sollte. Das ist eine Ausflucht. Die Verfügung zu institutionalisieren ohne gleichzeitig ihre Revidierbarkeit zu normieren, muß als gesetzgeberische Inkonsequenz angesehen werden. Im Grunde genommen ist die Normierung der Revidierbarkeit erstinstanzlicher Verfügungen primäres Erfordernis, da ja ein Bruchteil aller Verfügungen zum Gegenstand der Beschwerde gemacht wird. Bundesrechtlich geregelt ist die Revision (nur Neurechtsgründe) von Verfügungen der Militärversicherung[12]. Daneben kennen die

---

7) GYGI, ZSR 1959 I, S. 402
8) GYGI, ZSR 1959 I, S. 402
9) Vgl. Art. 66 Abs. 1 VwG: "Die Beschwerdeinstanz zieht ihren Beschwerdeentscheid ... in Revision, ...". § 28 Verwaltungsrechtspflegegesetz Solothurn, wo das Revisionsgesuch als Wiedererwägungsgesuch bezeichnet wird" GRISEL, S. 463; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Auflage, S. 266
10) Art. 66 VwG
11) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965 zu Art. 60-63 VwG, BBl 1965 II, S. 1372
12) Art. 13 MVG

Verwaltungsrechtspflegegesetze der Kantone Luzern, Schwyz, Solothurn, St. Gallen, Aargau und Tessin[13] Bestimmungen über die Revision, die auch auf erstinstanzliche Verfügungen Anwendung finden.

Wo die Revision erstinstanzlicher Verfügungen im Gesetz nicht vorgesehen ist, bleibt nichts anderes übrig, als die Unterlassung des Gesetzgebers auf dem Wege der richterlichen Lückenfüllung nachzuholen. Das fällt umso leichter, als die Revisionsgründe vorerst durch das Bundesgericht als ungeschriebene Grundsätze rechtsschöpfend herausgebildet worden sind[14]. Die der Revision rechtskräftiger Urteile nachgebildeten Überprüfungsvoraussetzungen bezüglich der Verfügungen gelten nach GYSIN[15] für das ganze Sozialversicherungsrecht; nach bundesgerichtlicher Praxis gelten sie für alle Verwaltungsakte. Hinsichtlich des eidgenössischen Verwaltungsverfahrensgesetzes sollen die bezüglich der Beschwerdeentscheide angeführten Revisionsgründe[16] gegen erstinstanzliche Verfügungen ebenfalls eingreifen[17].

---

13) LU: § 174 ff Verwaltungsrechtspflegegesetz; SZ: § 61 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege; SO: § 28 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen; SG: Art. 81 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; AG: § 27 i.V. mit § 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz; TI: Art. 35 ff legge di procedura per le cause administrative

14) GYGI, ZSR 1959 I, S. 402; vgl. BGE vom 13. März 1963, publ. in ZBl 1963, S. 303, wo das Bundesgericht den Neurechtsgrund im Zusammenhang mit einer ablehnenden Verfügung aus Art. 4 BV hergeleitet hat, ebenso BGE 100 Ib 371; vgl. im übrigen IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Auflage, S. 264 f, wo die Praxis des Bundesgerichts hinsichtlich der Revisionsgründe aufgrund von Art. 4 BV dargestellt ist; dort zit. Entscheide BGE 84 I 11, BGE 79 I 6, BGE 78 I 201 und BGE 67 I 72/73; ferner z.B. BGE 71 I 106. Im Kanton Bern könne unmittelbar gestützt auf die Vorschriften über das Neue Recht die Revision von Verwaltungsakten nicht verlangt werden, da diese Vorschriften die Verfügungen nicht erwähnten. GYGI/STUCKI, Art. 75, N. 2. M.E. ist das nicht richtig.

15) GYSIN, SZS 1974, S. 13, stützt sich auf EVG 1963, S. 86 E. 1: "Abgesehen davon entspricht die Revidierbarkeit von Verwaltungsverfügungen aus Gründen der erwähnten Art allgemein anerkannter Rechtsauffassung." Gemeint sind die Neurechtsgründe, s. II 1 hienach, S. 84 f

16) Art. 66 VwG

17) Vgl. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 111 und 119; dezidierter in der 1. Auflage, S. 25

Die analoge Anwendbarkeit der Revisionsgründe nach dem Muster verschiedener kantonaler Verwaltungsrechtspflegegesetze und demjenigen des Verwaltungsverfahrensgesetzes sowie des Organisationsgesetzes des Bundes leitet SALADIN[18] aus dem Anspruch auf Erlaß einer Verfügung ab, den nach Gesetz[19] der Gesuchsteller hat, der ein schutzwürdiges Interesse nachweist[20]. An die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses[21] ist der Anspruch auf eine Verfügung deshalb gebunden, weil das Gesetz das "Popularbegehren" - im Falle der Beschwerde: die Popularbeschwerde - nicht zulassen will. Das schutzwürdige Interesse hat daher eher anspruchseliminierende denn anspruchsbegründende Funktion. Es will die Allgemeinheit ausschließen und den Kreis der Berechtigten klein halten. Der Gesetzgeber hat dabei wohl kaum an den Anspruch auf Wiedererwägung von Verfügungen nach Revisionsgrundsätzen gedacht, ansonst er besser den Anspruch gleich ausdrücklich geregelt hätte. Der Zusammenhang zwischen dem schützenswerten Interesse an einer Verfügung und dem Anspruch auf Wiedererwägung (oder Revision) ist daher nicht unmittelbar. Gewiß kann gesagt werden, daß das Interesse an einer Verfügung in der Regel nur einmal schützenswert ist, so daß es einen Anspruch auf Wiedererwägung an sich nicht gewährt, und daß von dieser Regel die Revisionsgründe sowie die Richtlinien über die Nichtigkeit (besonders qualifizierte Fehler der Verfügung[22]) Ausnahmen bilden. Auf die Frage, weshalb das Interesse am Erlaß einer Verfügung nur einmal schützenswert ist und inwiefern davon Ausnahmen eingreifen sollen, geben jedoch nicht die Regeln über die Legitimation zur Erwirkung einer Verfügung, sondern die Regeln über die Rechtskraft die Antwort.

Die Revidierbarkeit ist selbstverständlich nicht eine Eigenheit des negativen Verwaltungsaktes. Der Revision zugänglich

---

18) SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht, S. 335
19) Art. 25 Abs. 2 VwG
20) Art. 25 Abs. 2 VwG formuliert den Anspruch nur für Feststellungsverfügungen; er gilt indes auch für andere Verfügungen, vgl. BGE 99 Ib 58 ff
21) Definiert in BGE 99 Ib 206
22) Vgl. SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht, S. 335

sind alle Verwaltungsverfügungen, sowohl die den Einzelnen begünstigenden als auch die ihn belastenden (Eingriffsverfügungen, verpflichtende und ablehnende Verwaltungsakte[23]). Wo für die Revision eines Verwaltungsaktes irgendwelchen Inhaltes ein öffentliches Interesse besteht, muß die Verwaltung eingetretene Revisionsgründe von Amtes wegen gegen die Interessen eines Verfügungsadressaten geltend machen können, so wenn für die Revision einer begünstigenden Verfügung zulasten des Adressaten die entsprechenden Gründe vorliegen. Verfahrensmängel, für die die Verwaltung einzustehen hat, kann sie jedoch wohl nicht ohne weiteres als Revisionsgründe zulasten des Verfügungsadressaten heranziehen. Unter diesen Gesichtspunkten wäre de lege ferenda zu fordern, daß die verfahrensrechtliche Legitimation zur Auslösung der Revision von Verwaltungsakten differenziert umschrieben wird. Abgesehen davon, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes[24] die Revision nur bezüglich der Beschwerdeentscheide vorsieht, ist die dortige Regelung insofern unglücklich, als sie den Anschein erweckt, die Revision sei nur bei deliktischer Einwirkung "von Amtes wegen" zulässig[25]. Die Verwaltung muß zum außerordentlichen Rechtsmittel der Revision jedoch unter gleichen oder ähnlichen Voraussetzungen greifen können, wie der Private. Es ist sogar notwendig, daß die Verwaltung auch das durch sie veranlaßte Zurückkommen auf Verfügungen nach Revisionsgrundsätzen diszipliniert. Dieser Problematik weiter nachzugehen, liegt indes nicht im Rahmen des Themas dieser Arbeit.

Hinsichtlich der ablehnenden Verfügung wird die Initiative zur Revision in aller Regel vom Antragsteller ausgehen. Ausnahmen bilden die Fälle, wo keine antragsbedingte Begünstigung

---

23) Auf eine nähere Umschreibung und Abgrenzung dieser Begriffe wird hier verzichtet, da eine exakte Begriffsbestimmung nicht notwendig ist.
24) Art. 66 VwG
25) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 120

abgelehnt worden ist, wo also die Begünstigung (ev. Reflex des Eingriffes gegenüber einem Dritten) ex officio begründet oder festgestellt werden muß[26]. Ferner stellt sich die Frage, ob die Verwaltung allgemein verpflichtet ist, die Revision eines ablehnenden Verwaltungsakts von sich aus auszulösen, wenn sie von Revisionsgründen Kenntnis erlangt. Eine derartige Pflicht wäre verfehlt, da die Verwaltung nicht weiß, ob der Antragsteller an der ehemals beantragten und abgelehnten Begünstigung noch ein Interesse hat[27]. Zu postulieren ist jedoch die (aus Art. 4 BV fließende) Pflicht der Verwaltung, den abgewiesenen Antragsteller zu orientieren über den ihr bekannt gewordenen Revisionsgrund und über die Zulässigkeit, einen Revisionsantrag zu stellen.

Die Revision des Verwaltungsaktes läßt sich in drei Stadien unterteilen[28]. Zunächst ist in Anwendung der normativen Revisionsgründe über die Zulässigkeit des Revisionsverfahrens zu entscheiden. Im Falle eines dem Privaten ungünstigen Entscheids hat eine Nichteintretensverfügung zu erfolgen[29], die als solche selbständig anfechtbar ist[30]. Liegt ein Revisionsgrund vor, so tritt die Behörde auf den neuen Antrag in derselben Sache ein. Der Antragsteller hat nun Anspruch auf einen neuen Sachentscheid. Bisher hat sich die Prüfung allein auf verfahrensrechtlicher Ebene vollzogen. Die Revisionsbestimmungen sind samt und sonders verfahrensrechtliche

---

26) Vgl. § 1, S. 1 ff
27) KRAUSE, S. 166: "Allerdings wird die Verwaltung dem Bürger nicht mehr unter Widerruf der Ablehnung eine antragbedingte Leistung zuerkennen dürfen, wenn der Bürger das Verfahren nicht weiter betreibt; Grundlage ist aber das Antragserfordernis, es gilt die eingeräumte Privatautonomie zu wahren."
28) BETTERMANN, Wiederaufnahme abgeschlossener Verwaltungsverfahren, Festschrift WOLFF, S. 469; er umschreibt die drei Stadien allerdings etwas anders, als es hier geschieht.
29) Anders, m.E. nicht richtig, GYGI/STUCKI, Art. 75, N. 9
30) Anfechtbare Verfügungen sind auch solche im Rahmen einer Revision, Art. 5 Abs. 2 VwG, vgl. dazu in allgemeinerem Zusammenhang § 3 II 4, S. 70

Normen. Verläuft die Prüfung eines Revisionsgrundes positiv, ist die Rechtskraft beseitigt. Was jetzt noch - im zweiten und dritten Stadium - zählt, sind allein materiellrechtliche Kriterien, nach denen in der Sache zu prüfen ist, ob die Verfügung ursprünglich richtig oder fehlerhaft war. Das steht nach Gutheißung eines Revisionsgrundes noch nicht zwingend fest, wenngleich die Fehlerhaftigkeit meist festgestellt werden muß, da sie durch das Vorliegen des Revisionsgrundes indiziert ist. War der Entscheid ursprünglich fehlerhaft, so muß im dritten Stadium darüber entschieden werden, ob der Berichtigung nicht gewichtige Interessen entgegenständen[31].

II. DIE REVISIONSGRÜNDE

1. Allgemeine Skizze

Unter dem Gesichtspunkt der Themastellung dieser Arbeit kann es sich nicht darum handeln, eine umfassende und einläßliche Darstellung der Revisionsgründe zu geben. Die Revision ist nicht ein Institut, das in spezifischem Zusammenhang mit den ablehnenden Verfügungen steht. Es soll daher anhand der Revisionsbestimmungen im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes[32] lediglich eine Skizze gezeichnet werden.

Die Bundesverwaltungsrechtspflege faßt unter dem Begriff der Revision das Neue Recht und die Nichtigkeitsklage zusammen[33].

Die klassischen Neurechtsgründe[34] sind
- strafbare Einwirkung auf die ergangene Entscheidung[35]
- neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel[36].

---

31) Vgl. § 6 II 2, S. 104
32) Art. 66 VwG
33) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 119
34) So nach der Terminologie von GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 120
35) Art. 66 Abs. 1 VwG
36) Art. 66 Abs. 2 lit. a VwG

Neue erhebliche Tatsachen gelten nur als Neurechtsgrund, wenn die Partei sie im Rahmen des Verfügungsverfahrens oder auf dem Wege der Beschwerde nicht hätte geltend machen können[37].

Die Nichtigkeitsklage gründet sich auf die Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze[38], so das Übersehen aktenkundig erheblicher Tatsachen oder bestimmter Begehren, Verletzung von Ausstandsvorschriften und Verletzung der Bestimmungen über die Akteneinsicht oder über das rechtliche Gehör. Die Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage gelten nur als Revisionsgründe, wenn die Partei sie im Rahmen des Verfügungsverfahrens oder auf dem Wege der Beschwerde nicht hätte geltend machen können[39].

Wie bereits erwähnt[39], gelten diese Revisionsgründe nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 66 VwG) nur für Beschwerdeentscheide, nicht aber für erstinstanzliche Verfügungen. Dennoch sind sie auch auf erstinstanzliche Verfügungen anwendbar.[40]

2. Neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel

Die "neuen erheblichen Tatsachen und Beweismittel" sollen im folgenden einer näheren Betrachtung zugeführt werden, da eine exakte Erfassung dieses Neurechtsgrundes im Hinblick auf die Ausführungen über die Rechtskraftsgrenzen (Rechtsbeständigkeit im Verhältnis zur Konstanz des entscheidungserheblichen Sachverhalts) notwendig ist.

---

37) Art. 66 Abs. 3 VwG
38) Art. 66 Abs. 2 lit. b und c VwG; GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 119
39) § 4 I, S. 79
40) § 4 I, S. 80 f

2.1 "Tatsachen"

Als Revisionsgründe können unter dem Gesichtspunkt der "neuen erheblichen Tatsachen und Beweismittel" nur Fehler im Bereiche der Sachverhaltsermittlung bzw. -feststellung herangezogen werden. Dieser Neurechtsgrund bezweckt die Verwirklichung des materiellen Rechts einzig soweit, als die Feststellung des wahren entscheidungserheblichen Sachverhalts in Frage steht[41]. Der Sinn des Eingreifens des hier in Frage stehenden Revisionsgrundes liegt im folgenden: Es sollen die Nachteile eines den Antragsteller (oder in anderen Fällen auch die Verwaltung) während des abgeschlossenen Verfahrens belastenden Beweisnotstandes nachträglich behoben werden können, falls der Notstand mittlerweile weggefallen ist.

Kein Revisionsgrund ist daher die spätere Änderung des Rechtssatzes[42]. Die Anpassung der Verfügung an eine allfällige Änderung des Rechtssatzes ist unter Umständen möglich, das geschieht jedoch nicht unter dem Gesichtspunkt der Revision einer Verfügung ex tunc, sondern unter demjenigen der Anpassung ex nunc. Keinen Revisionsgrund stellt auch die Änderung der Rechtsprechung oder der Rechtsanschauung dar[43].

---

41) Klar formuliert: EVG 1968, S. 37; vgl. auch BGE 73 II 124
42) Vgl. § 11 II, S. 209
43) GYGI/STUCKI, Art. 75, N. 7; dort zit. BGE 83 I 325, BGE 63 I 39; ferner BGE 93 I 665: "Dazu kommt noch, daß eine bloße Änderung der Auslegung einer Kann-Vorschrift, wobei - wie hier - die eine und die andere Lösung mit dem Wortlaut und Sinn der Bestimmung vereinbar sind, ohnehin keinen Revisionsgrund bildet." BGE 83 I 326: Kein Revisionsgrund ist die inzwischen vorgenommene Änderung der Auslegung des anwendbaren Gesetzestextes. Vgl. auch IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Auflage, S. 265; verfehlt ist die Ansicht von KROUG, S. 96, der die Praxisänderung der Verwaltung als Revisionsgrund bezeichnet.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine Praxisänderung nicht, gleich wie die Änderung des Rechtssatzes, die Anpassung der Verfügung ex nunc notwendig mache. Dieser Gesichtspunkt hat indes mit der Revision nichts zu tun[44]. Folgerichtig spielt es keine Rolle, ob eine Änderung der Rechtsprechung oder bloß der Verwaltungspraxis vorliegt. Desgleichen vermag ein Urteil, mit dem die richterliche Praxis hinsichtlich einer Verwaltungsrechtsfrage erst begonnen worden ist und das eine frühere, in analoger Angelegenheit ergangene Verfügung als unrichtig erscheinen läßt, keinen Revisionsgrund abzugeben.

2.2 "Neue" Tatsachen und Beweismittel

Die Tatsachen müssen "neu" sein. Diese Ausdrucksweise ist nicht präzis, da sie offen läßt, ob allein Tatsachen in Frage kommen, die schon zum Zeitpunkt des Verfügungsverfahrens existiert haben und selbst nicht neu sind, sondern bloß neu entdeckt werden konnten, oder auch Tatsachen, die seither eingetreten sind (Sachverhaltsveränderung). Gemeint sind nur Tatsachen der ersten Sorte. Neurechtsgrund bildet nur der Umstand, daß nachträglich Tatsachen entdeckt und vorgebracht werden, angesichts derer die Entscheidung von Anfang an anders hätte lauten müssen und die erst inzwischen in Erfahrung gebracht oder aufgefunden werden konnten[45].

---

44) Vgl. § 11 III, S. 211

45) GYGI/STUCKI, Art. 75, N. 4; diesbezüglich läßt der klar formulierte § 27 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Aargau keine Kontroverse aufkommen: "daß a) neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, die zur Zeit des Erlasses der Verfügung oder des Entscheides wohl bestanden, den Behörden aber nicht bekannt waren; ...". Ebenso Art. 81 lit. c Verwaltungsrechtspflegegesetz St. Gallen

In der Rechtsprechung wird die Unterscheidung zwischen neu entdeckten Tatsachen und Sachverhaltsveränderungen im Zusammenhang mit Verfügungen nicht immer sorgfältig durchgeführt. Die beiden Tatbestände werden etwa ineinander verquickt angeführt.

> Diese Verquickung sei an folgendem Beispiel aus der Praxis des Eidg. Versicherungsgerichts[46] gezeigt: Eine Ausnahme von der res-iudicata-Wirkung "muß aber gemacht werden, wenn neue Tatsachen eingetreten oder bekanntgeworden sind, welche möglicherweise zu einem anderen rechtlichen Ergebnis führen könnten." Diesem Urteil lag der Sachverhalt zugrunde, wonach Hinterlassenenrenten abgelehnt worden sind, weil der Versicherte nicht 5 Jahre beitragspflichtig gewesen sei und Beiträge bezahlt habe. Später wurde geltend gemacht, der Arbeitsaufenthalt in der Schweiz habe länger gedauert als ursprünglich angenommen. Das ist keine Sachverhaltsänderung - wie das Gericht annahm - sondern eine neu entdeckte Tatsache, die die Anspruchsberechtigte gewiß schon zur Zeit der ersten Verfügung hätte geltend machen können[47].
>
> Mißverständlich ist unter dem Thema des Neurechtsgrundes auch folgende Formulierung des Bundesrates[48]: "Als erheblich gelten neue Tatsachen und Beweismittel, die den Sachverhalt, auf dem der Beschwerdeentscheid beruht, so verändern, daß sich auch die daran knüpfende Rechtsfolge verändert (...)." Eine Sachverhaltsveränderung ist jedoch gerade kein Revisionsgrund.

Der Unterschied in der rechtlichen Auswirkung zwischen dem Vorliegen neuer Tatsachen als Neurechtsgrund und einer Sachverhaltsveränderung liegt darin, daß die Revision die Berichtigung einer Verfügung ex tunc ins Auge faßt, der neue Antrag infolge Sachverhaltsveränderung indes die Anpassung ex nunc[49]. Die Revision kann auch dort in Frage kommen, wo

---

46) EVG 1957, S. 43; vgl. z.B. auch BGE vom 13. März 1963, publ. in ZBl 1963, S. 303: Dort werden die Sachverhaltsveränderung und die neuen Tatsachen in einem Zuge angeführt, was die Vermutung zuläßt, daß an beide Tatbestände dieselben Rechtsfolgen geknüpft werden.

47) Vgl. die einläßlichere Besprechung dieses Urteils im Zusammenhang mit der Rechtsbeständigkeit § 10 II, 3.2 b) aa) eee) 2. Beispiel, S. 177 und 178

48) VEB 1968 - 69, S. 164

49) Vgl. IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Auflage, S. 271

der entscheidungserhebliche Sachverhalt in sich abgeschlossen ist und an sich keiner Veränderung unterliegt. Das außerordentliche Rechtsmittel der Revision ist an eine Rechtsmittelfrist gebunden (wobei diese Frist mit Entdeckung des Revisionsgrundes zu laufen beginnt[50]). Der Anpassungsantrag ist indes an keine verfahrensrechtliche Frist gebunden.

Das Eidg. Versicherungsgericht unterstellt den Begriff der "neuen Tatsachen" (im Zusammenhang mit der Revision eines Urteils) im übrigen einer differenzierten Betrachtung[51]. Zu unterscheiden sind danach die Tatsachen, die "selber Teil des wahren Sachverhalts bilden", von denen, "die davon unabhängige Tatumstände darstellen, die lediglich Rückschlüsse auf den wahren Sachverhalt erlauben", d.h. den maßgeblichen Sachverhalt indizieren. Derartige Indizien können später hinzukommen, so daß sie auf den ursprünglichen Sachverhalt "ein neues klärendes Licht zu werfen" vermögen, in dem dieser als unwahr dasteht. Ob solche, zu den entsprechenden Umständen gehörende Tatsachen schon zur Zeit des Entscheides bestanden haben, unverschuldeterweise aber noch nicht erkannt worden sind, oder ob sie erst später eingetreten sind, spielt keine Rolle; in beiden Fällen handelt es sich nach den Ausführungen des Sozialversicherungsgerichts um einen Revisionstatbestand. Das Gericht nennt als Beispiel solcher nachträglicher Tatsachen (Indizien) das Ergebnis einer Operation oder einer Obduktion oder eine spontane, unvorhergesehene Wendung im Krankheitsgeschehen, die die Kausalität zwischen Krankheit und versichertem Schaden in ein anderes Licht zu rücken vermögen.

Die besagten Indizien sind verwandt mit den neu entdeckten Beweismitteln. Keine neuen Beweismittel sind neue Partei-

---

50) Art. 27 VwG; § 28 Verwaltungsrechtspflegegesetz AG
51) EVG 1951, S. 96

gutachten[52], Augenschein und Sachverständigengutachten[53], selbstverständlich auch nicht "neue Argumente"[54]. In bezug auf die Zulässigkeit neuer verfügbarer Beweismittel weicht die Praxis der bundesgerichtlichen Zivilabteilung[55] von derjenigen des Eidg. Versicherungsgerichts ab. Als neu aufgefundene Beweismittel sollen nach der Auffassung der Zivilabteilung nur solche gelten können, die nach dem Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse schon zur Zeit des Entscheides existiert haben. Das Sozialversicherungsgericht dagegen sieht die wissenschaftliche Expertise, die neu erforschte Erkenntnismittel anwendet, als Revisionsgrund[56].

Jedenfalls sind Tatsachen und Beweismittel, die der Antragsteller im ersten Verfahren oder im Beschwerdeverfahren hätte vorbringen können, nicht neu im Sinne des Neurechtsgrundes[57].

2.3 Die Erheblichkeit der neuen Tatsachen bzw. Beweismittel

Schließlich stellt sich noch die Frage, inwiefern eine neu entdeckte Tatsache oder ein neu verfügbares Beweismittel im Sinne des Neurechtsgrundes erheblich ist. Die neuen Tatsachen (unmittelbare Sachverhaltselemente) sind in bezug auf die Revision einer ablehnenden Verfügung erheblich, wenn dadurch die Sachverhaltsfeststellung hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals als berichtigt erscheint, das von der Behörde seinerzeit als fehlend bzw. - im Falle der negativen Tatbestandsvoraussetzung der beantragten Begünstigung - als vorliegend angesehen worden ist[58].

---

52) VEB 1968 - 69, S. 164; ärztliches Gutachten als unerhebliche andere Würdigung, EVG 1951, S. 169; BGE 99 V 5
53) GYGI/STUCKI, Art. 75, N. 6
54) Nicht richtig VEB 1951, S. 51
55) BGE 73 II 125
56) EVG 1951, S. 97
57) Art. 66 Abs. 3 VwG; VEB 1968 - 69, S. 164
58) Analoges gilt in bezug auf die Sachverhaltsveränderung, vgl. GYGI/STUCKI, Art. 75, N. 4: "Erheblich sind sie dann, wenn sie geeignet sind, eine Abänderung des angefochtenen Entscheids zu begründen."

Werden z.B. Unfallversicherungsleistungen verweigert, weil der Verunfallte zum Zeitpunkt des Unfallereignisses noch nicht versichert war, kann das Neurechtsgesuch nicht mit der Begründung gestellt werden, es habe sich nachträglich herausgestellt, die körperlichen Behinderungen seien tatsächlich auf das Unfallereignis zurückzuführen.

Werden Hinterlassenenrenten verweigert, weil der Verstorbene während zu kurzer Zeit in der Schweiz gearbeitet habe und beitragspflichtig gewesen sei, kann das Neurechtsgesuch nicht mit der Begründung gestellt werden, die Beiträge seien mittlerweile für die noch fehlende Dauer nachbezahlt worden[59].

Die neuen Beweismittel und allenfalls Indizien sind dann erheblich, wenn sie von vorneherein als geeignet erscheinen, auf eine erhebliche Tatsache als Bestandteil des Sachverhalts ein klärendes Licht zu werfen.

Eine Operation, die den Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und den Beschwerden offenlegt, ist - um an das erste der oben angeführten Beispiele anzuknüpfen - kein erhebliches Beweismittel oder Indiz. Hingegen gilt der erst nachträglich einzuvernehmende Zeuge, der Aussagen darüber machen kann, ob der Verunfallte zum Zeitpunkt des Unfallereignisses schon auf dem Wege zur Arbeit und daher versichert war[60], als neues erhebliches Beweismittel.

---

59) Insofern nicht richtig EVG 1957, S. 43
60) Vgl. Art. 62 Abs. 1 KUVG

§ 5 DIE NICHTIGKEIT DES NEGATIVEN VERWALTUNGSAKTES

I. BEGRIFFLICHE MÖGLICHKEIT NICHTIGER NEGATIVER VERWALTUNGSAKTE? AUSWIRKUNGEN DER NICHTIGKEIT EINES ABLEHNENDEN VERWALTUNGSAKTES

Nichtigkeit bedeutet das Fehlen von Rechtswirkungen oder - sinngleich - von Rechtskraft[1]. Von Nichtigkeit zu sprechen hat nur mit Bezug auf Verwaltungsanordnungen einen Sinn, die entsprechend ihrer institutionalisierten Funktionsweise Rechtskraft entfalten würden, wenn sie nicht infolge eines Nichtigkeitsgrundes fehlgeleitet wären. Hier trifft die analoge Überlegung zu, wie sie schon im Zusammenhang mit der Revision angestellt worden ist[2]. Für IMBODEN[3] stellt sich daher, von seiner Prämisse ausgehend, die Frage der Nichtigkeit ablehnender Verfügungen nicht: Ein negativer Verwaltungsakt sei begrifflich weder vollstreckbar, noch vermöge er rechtsgestaltend zu wirken, weshalb "er weder an sich noch in Verbindung mit anderen Grundsätzen eine Norm" darstelle.

> "Er kann daher weder gültig noch ungültig und somit auch nicht nichtig sein. Nur soweit dem negativen Entscheid nach dem Beispiel einer materiellen Klageabweisung im Zivilprozeß Rechtskraftwirkung zukommt, kann sich die Frage seiner Unwirksamkeit erheben."[4]

In dieser Arbeit wurde in teleologischer Betrachtung (Frage nach dem Zweck des Instituts des Verwaltungsaktes) zu belegen[5] versucht, daß der negative Verwaltungsakt ebenfalls

---

1) IMBODEN, Der nichtige Staatsakt, S. 4; GRISEL, S. 119
2) Vgl. § 4 I, S. 77
3) IMBODEN, Der nichtige Staatsakt, S. 22 f
4) IMBODEN, Der nichtige Staatsakt, S. 23; an anderer Stelle, S. 22/23 schreibt IMBODEN, beim negativen Verwaltungsakt handle es sich um eine rechtsverbindliche Abweisung analog der materiellen Klageabweisung im Zivilprozeß. Worin liegt diese Rechtsverbindlichkeit der Abweisung? Diese Frage läßt IMBODEN unbeantwortet.
5) Vgl. § 2 III, S. 36 ff

rechtskräftig ist. Geht man davon aus, daß diese These, bestätigt durch die Rechtsprechung[6], zutrifft, ist das Nichtigkeitsproblem auch im Zusammenhang mit ihm aufzuwerfen bzw. anzutreffen.

Die Rechtswirkungen des (ablehnenden) Verwaltungsaktes sind unter dem Gesichtspunkt seiner materiellen Rechtskraft die Verbindlichkeit (Inhaltswirkung) und die res-iudicata-Wirkung ('ne bis in idem'), unter dem Gesichtspunkt seiner formellen Rechtskraft - im Falle der Vollstreckungsbedürftigkeit - die Vollstreckbarkeit und - bei Anfechtbarkeit - die Unanfechtbarkeit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. All diese Rechtswirkungen greifen als Folge der Nichtigkeit nicht ein. Dabei spielt die Nichtigkeit hinsichtlich der Verbindlichkeit (Inhaltswirkung) des ablehnenden Verwaltungsaktes eine geringe Rolle, da diese Wirkung bei ihm nur am Rande relevant wird[7]. Desgleichen wird die Vollstreckbarkeit durch die Nichtigkeit nicht berührt, da der ablehnende Verwaltungsakt nicht vollstreckungsbedürftig ist. Die Nichtigkeit des ablehnenden Verwaltungsaktes ist daher in aller Regel nur für seine res-iudicata-Wirkung bzw. seine Unanfechtbarkeit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist von Belang. Dabei sind folgende Besonderheiten zu beachten:

Hat die Verwaltung einen Antrag durch nichtigen Verwaltungsakt abgelehnt, ist der verfahrensrechtliche Anspruch des Antragstellers auf einen Verwaltungsakt nicht erfüllt. Dieser Anspruch, der unter der Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses aus Art. 4 BV[8] abgeleitet wird bzw. sich in Bundesverwaltungsangelegenheiten auf das Verwaltungsverfahrensgesetz[9] stützt, bleibt nach nichtiger Ablehnung bestehen,

---

6) Vgl. § 3 II 2, S. 56 ff
7) Vgl. § 3 I, S. 49 ff
8) Beispielsweise BGE 87 I 246
9) Art. 25 Abs. 2 VwG; nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bezieht sich der Anspruch nicht nur auf Feststellungsverfügungen, wie der Wortlaut der Bestimmung annehmen läßt, BGE 98 Ib 58 ff

so daß die Verwaltung ex officio auf den Antrag zurückzukommen hat, wenn sie die Nichtigkeit der Ablehnung wahrnimmt. In der Verwaltungspraxis wird sie jedoch kaum von sich aus auf die nichtige Ablehnung eines Antrages zurückkommen, weshalb typischerweise die Initiative zur Weiterverfolgung des Rechts beim Privaten liegt. Selbst dann, wenn die Verwaltung die Initiative ergreift, hat sie den Petenten vorgängig anzufragen, ob er an der Verwirklichung seines Antrages noch interessiert sei. Ausnahmen bilden die Fälle, in denen die durch nichtigen Verwaltungsakt abgelehnte Begünstigung aufgrund des einschlägigen materiellen Verwaltungsrechts ex officio eingeräumt werden muß[10].

Man kann den erneuten Antrag in einer seiner Komponenten (neben dem Antrag auf die eigentliche Begünstigung oder auf das materielle Recht) als Feststellungsantrag deuten, mit dem die Feststellung verlangt wird, die erste ablehnende Verfügung sei nichtig. Das rückt diesen Antrag in die Nähe der Nichtigkeitsklage, die im Rahmen der Revision vorgesehen ist[11]. Der Unterschied zwischen den beiden Anträgen liegt in den Revisions- bzw. Nichtigkeitsgründen, wobei sich diese zum Teil überschneiden. Die Nichtigkeitsklage im Sinne der Revision kann allein wegen Verletzung wesentlicher Verfahrensmängel angestrengt werden[12]. Der Feststellungsantrag darf indes auch darauf gerichtet sein, die Nichtigkeit wegen schwerer materiellrechtlicher Mängel der Verfügung festzustellen. Das auf gesetzliche Revisionsgründe sich stützende Begehren ist im übrigen an eine Rechtsmittelfrist gebunden.

Gegen den nichtigen (negativen) Verwaltungsakt kann der Antragsteller auch Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen, wenn der Gegenstand als solcher dem einen

---

10) Vgl. § 1 III, S. 12 ff
11) Art. 66 ff VwG; GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 119
12) Vgl. § 4 II, 1, S. 84

oder anderen Rechtsmittel unterliegt. Rein logisch liegt darin ein Widerspruch, da entgegnet werden kann, daß ein nichtiger Verwaltungsakt als Anfechtungsobjekt außer Betracht fallen müsse[13]. Da jedoch selbst der nichtige Entscheid - jedenfalls für den juristischen Laien - den Anschein der Rechtsverbindlichkeit haben kann, ist die Beschwerde gegen einen nichtigen Verwaltungsakt als zulässigen Antrag, die Nichtigkeit sei festzustellen, umzudeuten[14]. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist hat der nichtig abgewiesene Antragsteller m.E. die Wahl zwischen einem neuen Antrag an die abweisende Instanz, gegen den die Sperrwirkung des 'ne bis in idem' nicht eingreifen kann, und einer unbefristeten Rechtsverweigerungsbeschwerde[15]. Die nichtige Abweisung eines Antrages ist als Rechtsverweigerung zu deuten. Die (unbefristete) Rechtsverweigerungsbeschwerde setzt ja der ihr zugedachten Funktion entsprechend nicht einen Verwaltungsakt voraus. Umgekehrt kann ein nichtiger Verwaltungsakt, richtig betrachtet, keine Rechtsmittelfrist auslösen.

II. DIE NICHTIGKEITSGRÜNDE

Der folgenden Darstellung über die Nichtigkeitsgründe ist der Charakter einer Skizze zugedacht, da es sich hier nicht annähernd darum handeln kann, eine umfassende, Praxis und Literatur einläßlich berücksichtigende Abhandlung über die Nichtigkeit zu verfassen. Andererseits streift das Problem der Nichtigkeitsgründe hier und dort die eigentliche Thematik der Arbeit, weshalb einige Worte darüber als geboten erscheinen.

Die Nichtigkeit stellt gleich wie die Revisionsmöglichkeit ein Korrektiv gegenüber der Rechtskraft dar. Besonders schwere

13) GRISEL, S. 199
14) GRISEL, S. 199; GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 66
15) Art. 70 VwG; Art. 106 Abs. 2 OG

Fehler sollen die Rechtskraft ausschalten. Während unter dem Gesichtspunkt der Revisionsgründe die Fehler, die die Rechtskraft zu beseitigen vermögen, gesetzlich oder doch durch die Rechtsprechung typisiert worden sind, lassen sich in ähnlicher Weise keine typischen Nichtigkeitsfehler nennen. Der Nichtigkeitsfehler ist als solcher durch seine besondere Schwere charakterisiert. Er kann in der Verletzung von Formvorschriften (Eröffnungsfehler), Zuständigkeitsbestimmungen oder Verfahrensgrundsätzen sowie in der inhaltlichen Rechtswidrigkeit (grob fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung, nicht vertretbare Auslegung der anwendbaren Rechtssätze, sachfremde Motive) liegen[16]. Die Verletzung von Verfahrensgrundsätzen wird im übrigen kaum als allgemeiner Nichtigkeitsfehler in Frage kommen, da derartige Verletzungen durch die institutionalisierte Nichtigkeitsklage im Rahmen der Revisionsvoraussetzungen geltend gemacht werden können.

Die Nichtigkeit ist im Zusammenhang mit jeder an sich rechtskraftfähigen Entscheidung denkbar. Insbesondere kann davon auch hinsichtlich des Urteils gesprochen werden[17]. Der nichtige Verwaltungsakt dürfte indes häufiger anzutreffen sein als der nichtige Richterspruch. Das liegt darin begründet, daß der Verwaltungsakt verfahrensrechtlich weniger einheitlich und eingehend abgesichert ist als das Urteil[18]. Dieser Umstand darf jedoch nicht dazu verleiten, der Rechtskraft der Verwaltungsverfügung eine grundsätzliche Absage zu erteilen.

Es gilt nun, die Grenze abzustecken zwischen Nichtigkeitsfehlern und weniger ausgeprägter Fehlerhaftigkeit, die zu rügen allein im Rahmen der ordentlichen Anfechtung zulässig

16) IMBODEN, Der nichtige Staatsakt, S. 95 ff
17) Vgl. GRUNSKY, S. 397 f
18) Vgl. § 2 II 2, S. 32

ist. Diese Grenze kann begrifflich nicht exakt gezogen werden. Nichtigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff; ob sie im Einzelfall eingreift, ist eine Frage der wertenden Auslegung (nicht eine solche des der Kognition der Verwaltungsgerichtsbarkeit allenfalls entzogenen Ermessens). Methodisch einwandfreien Ansatzpunkt für die Beantwortung der Nichtigkeitsfrage bietet die sog. Evidenztheorie[19]. Danach ist eine Verfügung nichtig, wenn ihre Fehlerhaftigkeit im Sinne der Erkennbarkeit offenkundig und zudem schwerwiegend ist[20]. Die evidente Fehlerhaftigkeit korrespondiert als Nichtigkeitsgrund mit Sinn und Zweck der Rechtskraft. Die Rechtskraft bezweckt, die Diskussion um die Richtigkeit (Rechtmäßigkeit) des Entscheids abzuschließen, Meinungsverschiedenheiten zu absorbieren, und seinem Inhalt Verbindlichkeit zu verleihen. Diese Diskussionssperre läßt sich jedoch dort, wo der Entscheid offensichtlich unrichtig ist, nicht aufrechterhalten. Nichtigkeitsgründe liegen dort vor, wo die Rechtskraft nicht Fuß fassen kann, und umgekehrt. Die Rechtskraft ist das Korrelat zur Nichtigkeit.

Der Evidenztheorie folgt mehr oder weniger unausgesprochen auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts, insbesondere des Sozialversicherungsgerichts.

> Die Offensichtlichkeit des Fehlers kann darin liegen, daß gegen eine klare, bestimmte Rechts- bzw. Gesetzesregel entschieden worden, die Begründung völlig unhaltbar, von eindeutig sachfremden Motiven getragen oder daß der Sachverhalt offensichtlich falsch, unvollständig oder widersprüchlich festgestellt worden ist[21].
>
> M.E. wird dem Moment der Offenkundigkeit im allgemeinen zu wenig Bedeutung beigemessen, indem es neben der Folgenschwere des Fehlers meist an zweiter Stelle genannt wird. Logischerweise bildet es indes den primären

---

19) WOLFF, S. 426; ZIPPELIUS, S. 130
20) WOLFF, S. 426; GYGI, ZbJV 1966, S. 443
21) M.E. kann die mangelnde Offenkundigkeit auch in der rein juristischen Schwierigkeit einer Rechtsfrage liegen, nicht nur in der erschwerten Nachprüfbarkeit tatsächlicher Momente, wie IMBODEN, Der nichtige Staatsakt, S. 85, meint.

> Ansatzpunkt. Ist der Fehler einer Verfügung verdeckt und ließe er sich ohne einläßliche Abklärung nicht oder überhaupt nicht aufdecken, so kann er auf die Rechtskraft keinen Einfluß ausüben, auch wenn er schwerwiegende Folgen hat, indem er ein bedeutendes Recht des Verfügungsadressaten verletzt; der Anlaß zur Feststellung der Nichtigkeit einer Verfügung ist daher stets die mehr oder weniger auffallende Offenkundigkeit des Fehlers. An den Grad der Offenkundigkeit werden indes wohl umso geringere Anforderungen gestellt, desto bedeutender das in Frage stehende Rechtsgut ist.

Das Eidg. Versicherungsgericht drückt die Nichtigkeit (negativer) Verfügungen etwa in folgenden Formulierungen aus:

> "Reste réservé, il est vrai, le réexamen par l'administration d'une décision sans nul doute erronée qui n'a pas été attaquée en temps utile et qui est par conséquent passée en force."22)

> "Nach der Praxis ist die Verwaltung befugt, eine Verfügung dann abzuändern, wenn sie zweifellos unrichtig war und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist."25) Dabei handelt es sich allerdings nicht immer um eine Befugnis, sondern oft um eine Pflicht, so gegenüber dem Antragsteller.

Das Sozialversicherungsgericht setzt anstelle der Offenkundigkeit die Zweifellosigkeit. Zu dieser Prägung kam es in folgendem Entscheid [23]:

> "Bisher wurde erklärt, ein Zurückkommen der Verwaltung auf eine frühere Verfügung setze voraus, daß sich diese als offensichtlich falsch erweise und daß überdies ein praktisch ins Gewicht fallender Betrag auf dem Spiele stehe (...). Die Formel, daß die Verwaltung befugt sei, auf eine Verfügung zurückzukommen, wenn sie zweifellos unrichtig war und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist, verdient den Vorzug, wenn auch damit grundsätzlich nichts Neues gesagt wird. Die Rücknahme einer Verfügung soll nach der Praxis auch bei grober rechtlicher Unrichtigkeit möglich sein. Rechtliche Unrichtigkeit ist aber, selbst wenn kraß, selten 'offensichtlich'; ..."

---

22) BGE 99 V 5
23) EVG 1966, S. 56; vgl. EVG 1967, S. 220
24) EVG 1963, S. 86 f

Gibt es wirklich zweifellos unrichtige Entscheide, die nicht offensichtlich unrichtig sind? Jedenfalls kann dann nicht von Nichtigkeit gesprochen werden, wenn der Fehler erst im einläßlich und umfassend wiederaufgerollten Verfahren aufzudecken ist. Die Abkehr von der ursprünglichen Formulierung drängt sich nicht auf, da die neue Formulierung der Sache nicht gerechter wird[25].

Seltener entspricht die verwaltungsgerichtliche Praxis des Bundesgerichts der Evidenztheorie[26]. In drei vorne besprochenen Entscheiden[27] hätte sie das Bundesgericht treffend zur Anwendung bringen können und damit nicht die Rechtskraft und das System der befristeten Anfechtbarkeit von Verfügungen dem Grundsatz nach außer acht lassen müssen.

Als offenkundig haben in erster Linie Fehler zu gelten, die an der Verfügung (Form und Begründung) selbst ersichtlich sind. Von den übrigen, nicht unmittelbar an der Verfügung erkennbaren Verstößen können nur diejenigen die Nichtigkeit ausmachen, die auf relativ einfache, sog. liquide Weise dargetan werden können[28]. Die Auffassung, die offensichtliche Unrichtigkeit lasse sich aufgrund eines später in anderer, analoger Sache ergangenen Urteils feststellen[29], kann allgemein nicht zutreffen. Ein Urteil, das einer früheren Verfügung in der Motivation widerspricht, bewirkt keineswegs zwingend die Nichtigkeit dieser Verfügung. Wäre dem so, müßte ein Urteil die Nichtigkeit einer Unzahl früherer Verfügungen hervorrufen, was unabsehbare Konsequenzen hätte. Eine Verfügung kann zwar nach Maßgabe einer neuen (abgeänderten oder neu eingeführten) Verwaltungs-, Rekurs- oder Gerichtspraxis unrichtig sein, als offensichtlich fehlerhaft braucht sie deswegen noch nicht disqualifiziert zu werden. Ihre Begründung

---

26) Anklänge sind z.B. in BGE 97 I 10 und BGE 71 I 112 festzustellen
27) Vgl. § 3 II, 2.3 f) S. 65, g) S. 66, h) S. 67; BGE 83 I 32; BGE 71 I 197; BGE 7, S. 662; BGE 17, S. 228
28) IMBODEN, Der nichtige Staatsakt, S. 85
29) EVG 1960, S. 230

kann selbst unter diesen Umständen durchaus vertretbar sein. Indes kann ein in anderer Sache ergangenes Urteil auf die offensichtliche Unhaltbarkeit einer Verfügung aufmerksam machen.

Zu fragen ist allenfalls, ob die Verfügung einer neu eingeführten oder abgeänderten Gerichtspraxis ex nunc angepaßt werden müsse, wenn sie auf einem zeitlich nicht gebundenen Sachverhalt (z.B. Sachverhalte, die zu Baugesuchen veranlassen) oder auf einem Dauersachverhalt (z.B. Gesundheitsschäden im Hinblick auf den Begriff der Invalidität) beruht. Das ist indes nicht ein Problem der Nichtigkeit[30].

Schließlich ist noch auf die Frage hinzuweisen, wem die Erkennbarkeit des Fehlers offensichtlich erscheinen muß, dem Verfügungsadressaten, der Verwaltungsbehörde oder dem Richter[31]. Sicher ist, daß die Offenkundigkeit des Fehlers nicht nach dem Erkenntnisvermögen des jeweiligen Verfügungsadressaten zu beurteilen ist. Fraglich bleibt, ob das Erkenntnisvermögen des Durchschnittsbetrachters (Parallelwertung in der Laiensphäre[32]) oder dasjenige der durchschnittlich sach- und rechtskundigen Behörde bzw. des Richters maßgebend sei. M.E. muß differenziert werden. Wo allein die Verbindlichkeit (Inhaltswirkung) der Verfügung in Frage steht, ist auf das Erkenntnisvermögen des Durchschnittsbetrachters abzustellen. Insofern sind an die Nichtigkeit strenge Anforderungen zu stellen. Wo es indes um die res-iudicata-Wirkung oder um die Unanfechtbarkeit wegen Fristablaufs geht, muß sich der sach- und rechtskundige Verwaltungsbeamte oder der Richter die Frage stellen, ob die ergangene Verfügung entsprechend seiner Kenntnis offenbar nicht vertretbar sei. Beim ablehnenden Verwaltungsakt steht die Nichtigkeit meist nur unter diesem Gesichtspunkt zur Diskussion.

---

30) Vgl. § 11 III, S. 211
31) Vgl. WOLFF, S. 426, Ziff. 4
32) HEIKE, DOeV 1962, S. 417, 1. Sp.

§ 6 DER VERZICHT DER VERWALTUNG AUF DIE RECHTSKRAFT

I. "VERZICHT" HÖCHSTENS NACH PFLICHTGEMÄSSEN ERMESSEN

Die Möglichkeit, daß die Verwaltungsbehörde auf die Rechtskraft anläßlich eines neuen, inhaltlich identischen Antrages verzichtet, also die Überprüfung der durch die Verfügung erfolgten Ablehnungen vornimmt, ohne daß der Antragsteller hierauf nach Revisionsgrundsätzen[1] einen Anspruch hat, ist problematisch. Jedenfalls darf die Verwaltung den Verzicht nicht nach Belieben erklären. Im Sinne des rechtsstaatlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes muß zum allermindesten gefordert werden, daß die Verwaltung die Wahl zwischen Verzicht und Nichtverzicht nach Richtlinien pflichtgemäßen Ermessens trifft. Derart hätte der Antragsteller zwar keinen Anspruch auf Überprüfung der Verfügung, wohl aber einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Anhandnahme seines Wiedererwägungsgesuches[2]. Auf das eigene Ermessen ist die Behörde jedoch nur angewiesen, wenn ihr das Gesetz in concreto die Ermessensbefugnis erteilt. Liegt eine gesetzliche Ermessensbefugnis vor, so besteht eine vom Gesetz gewollte Mehrdeutigkeit. Der Gesetzgeber sah sich diesfalls außerstande, auf generell-abstrakter Ebene die Rechtsfolge abschließend zu bestimmen, weil er sich der Möglichkeit im voraus und generell kaum zu erfassender Sachverhalte gegenüber sah[3]. In solch objektivem Unvermögen des Gesetzgebers liegt die Rechtfertigung, Ermessensbefugnisse ins Gesetz aufzunehmen.

Ob das Gesetz eine Ermessensbefugnis einräumt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Vielfach deutet das Wort "kann" auf eine solche Befugnis[4].

---

1) Vgl. § 4, S. 77 ff
2) WOLFF, S. 472
3) Vgl. z.B. GIACOMETTI, S. 64; GERMANN, Ermessensentscheide, Festgabe Erwin RUCK, S. 181
4) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 151

Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes enthält bezüglich der Wiedererwägung keine "Kann-Vorschrift"[5]. Die Wiederaufnahme erstinstanzlicher Verfügungen ist dort nicht geregelt[6]. In der Botschaft zum Verwaltungsverfahrensgesetz wird ausgeführt, die Wiedererwägung von Verwaltungsverfügungen bestimme sich, wenn das Spezialverwaltungsrecht keine Regelung enthalte, nach allgemeinem, ungeschriebenem Verwaltungsrecht[7]. Damit dürfte wohl kaum an eine Ermessensbefugnis gedacht worden sein. Dagegen sieht das aargauische Verwaltungsverfahrensgesetz in § 25 ausdrücklich vor, daß eine Verfügung oder ein Entscheid auf Gesuch des Betroffenen durch die erstinstanzliche Behörde in Wiedererwägung gezogen werden kann. Im selben Sinn bezeichnet das sanktgallische Verwaltungsrechtspflegegesetz (Art. 27) Wiedererwägungsgesuche als "zulässig". Sie "begründen aber keinen Anspruch auf eine Stellungnahme der Behörde in der Sache ...". Diesen beispielsweise[8] angeführten kantonalen Gesetzen ist zu entnehmen, daß der Verwaltung die Kompetenz eingeräumt ist, den Verzicht auf die Rechtskraft im Falle von Wiedererwägungsgesuchen nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen auszuüben.

Eine Ermessenskompetenz ist indes bezüglich der Wiedererwägbarkeit (Verzicht auf die Rechtskraft) nicht sachgerecht. Neben der Revidierbarkeit, in deren Rahmen typisierte Wiederaufnahmegründe einen Überprüfungsanspruch gewähren, sowie dem Gesuch um Feststellung der Nichtigkeit bei evidenter und gravierender Fehlerhaftigkeit bleibt kein Raum mehr ausgespart, innerhalb dessen umfassendes Ermessen zum Tragen kommen kann. Es dürften keine Sachverhalte denkbar sein, die nicht schon mittels Auslegung durch die erwähnten Kriterien (Revision bzw.

---

5) Ausnahme: Wiedererwägung angefochtener Verfügungen, Art. 58 Abs. 1 VwG
6) Art. 66 VwG nennt die Revisionsgründe allein für Beschwerdeentscheide
7) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965 zu Art. 60-63 VwG, BBl 1965 II, S. 1372 f
8) Die Aufzählung erhebt nicht Anspruch auf Vollständigkeit

Nichtigkeit) sachgerecht, ohne die Rechtskraft in ihrer Funktion zu eliminieren, gelöst werden können. Die Anwendung der Revisions- und Nichtigkeitsregeln ist nicht Ermessensbetätigung im juristisch-technischen Sinn[9].

Soweit also die Entscheidungskriterien für den Verzicht auf die Rechtskraft normierbar sind, entfallen Bedürfnis und Rechtfertigung für eine Ermessenskompetenz; Wiedererwägbarkeit (Zulässigkeit der Wiedererwägung) und Wiedererwägungsanspruch fallen somit zusammen. Im Interesse der Rechtsgleichheit darf die Verwaltung nicht wiedererwägen, wo kein Anspruch auf Wiedererwägung besteht. De lege ferenda ist zu fordern, daß anstelle einer Ermessenskompetenz sachgerechte Revisionsgründe[10] formuliert werden, die die Voraussetzungen des Wiedererwägungs- oder Überprüfungsanspruches klar umschreiben.

In diesem Zusammenhang ist noch auf die Wiedererwägung hinzuweisen, die das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes bezüglich angefochtener Verfügungen vorsieht[11]. Die Vorinstanz kann danach bis zu ihrer Vernehmlassung die mit Beschwerde angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen. Die Wiedererwägung erfolgt insofern unter dem Druck der Argumente in der Beschwerdeschrift. Die diesbezügliche Wiedererwägbarkeit hat jedoch "rein prozeßualen Charakter (Einschränkung des Devolutiveffekts)"[12].

---

9) So erscheint es IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I 5. Auflage, S. 412, als unrichtig, das Zurückkommen auf eine getroffene Verfügung als Ausdruck einer Ermessensbetätigung zu deuten; nach bundesdeutscher Rechtsprechung und Doktrin liegt das Wiederaufgreifen vorbehältlich anderweitiger gesetzlicher Regelung im Ermessen der Behörde, WOLFF, S. 471

10) s. § 4, S. 77 ff

11) Art. 58 VwG

12) SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht, S. 333/34

II. DIE ABWÄGUNG ZWISCHEN RECHTSSICHERHEITS- UND RECHTSMÄSSIGKEITSINTERESSE ALS ERMESSENSRAHMEN?

1. Verfehlt ist, den Ermessensrahmen für den Entscheid über die Beseitigung der Rechtskraft (Wiederaufnahme des Verfahrens und Gewährung eines neuen Sachentscheids) in der auf den Einzelfall bezogenen Abwägung zwischen dem Rechtssicherheitsinteresse und dem Berichtigungsinteresse zu sehen[13]. Die Formel, die das Bundesgericht für die Interessengegenüberstellung verwendet, ist folgendermaßen umschrieben:

> "Ob eine formell rechtskräftige Verfügung von der Behörde widerrufen werden könne, ist nach den Grundsätzen zu beurteilen, die das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung anwendet: Einerseits entspricht es dem zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts und der Natur der öffentlichen Interessen, daß ein Verwaltungsakt, der mit dem Gesetz nicht oder nicht mehr vereinbar ist, nicht unabänderlich ist. Andererseits kann es ein Gebot der Rechtssicherheit sein, daß eine Verfügung, die eine Rechtslage festgestellt oder begründet hat, nicht nachträglich wieder in Frage gestellt werde. Falls das Gesetz - wie dies für den vorliegenden Fall zutrifft - die Frage der Widerruflichkeit offenläßt, ist sie von der zu dessen Anwendung berufenen Behörde zu lösen, wobei jeweils abzuwägen ist, ob dem Postulat der richtigen Durchführung des objektiven Rechts oder dem Interesse an der Wahrung der Rechtssicherheit der Vorrang gebühre."[14]

> Das Bundesgericht vermengt dabei die Gegebenheiten, in denen eine ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der Verfügung bzw. eine nachträgliche Inkongruenz zwischen Verfügung und Sachverhalt wegen mittlerweile eingetretener Sachverhaltensveränderung in Frage stehen. Im vorliegenden Zusammenhang geht es allein um die an erster Stelle angeführte Gegebenheit, um die Berichtigung ex tunc und nicht um die Anpassung ex nunc; um die Rücknahme (Geltungsvernichtung) und nicht um den Widerruf (Geltungsbeendigung)[15].

---

13) So ausdrücklich ARNDT, Die Versagung des Zweitbescheids, DVBl, S. 252 ff

14) BGE 100 Ib 302; vgl. an Stelle vieler BGE 94 I 346, BGE 91 I 95/96; vgl. auch GYGI, ZSR 1959 I, S. 408

15) vgl. zu dieser letztangeführten Terminologie WOLFF, S. 452; zu unterscheiden ist die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes von der Rechtswidrigkeit seiner Aufrechterhaltung, WOLFF, S. 435

Die angeführte Formel des Bundesgerichts (Abwägung des Rechtmäßigkeitsinteresses gegenüber dem Rechtssicherheitsinteresse bezüglich des Einzelfalls, d.h. nicht die Anwendung einer im Rahmen der Revisionsgründe generell normierten Abwägung) läßt sich für die Beantwortung der Frage, ob ein Verwaltungsverfahren neu aufgerollt und der Weg zu einem Sachentscheid neu geöffnet werden soll, nicht anwenden. Sie setzt nämlich voraus, daß die Rechtswidrigkeit der ersten Verfügung schon festgestellt worden ist. Wie anders kann (außer bei Nichtigkeit) der Entscheid über die Rechtmäßigkeit einer Verfügung verbindlich getroffen werden als in einem neuen Verfahren? Die Rechtskraft will gerade verhindern, daß sich die Diskussion oder der Streit um die Rechtmäßigkeit des Entscheids perpetuiert; mithin will sie ein neues Verfahren ausschließen. Die Rechtskraft kann also im Ansatz nicht damit beseitigt werden, daß über die Rechtmäßigkeit einer Verfügung zunächst entschieden werden muß, um dann die erwähnte, auf den Einzelfall bezogene Interessenabwägung durchzuführen. Diese Interessenabwägung hat indes normativ ihren Niederschlag in der Regelung der Revisionsgründe gefunden[16]. Die Revisionsgründe sind normative Regelungen darüber, wann die Rechtmäßigkeit und wann die Rechtssicherheit den Vorzug verdient. Liegt ein Revisionsgrund vor, ist die Rechtskraft beseitigt und der Weg zu einem neuen Sachentscheid wiedereröffnet. Erst wenn im neuen Verfahren die Rechtswidrigkeit der ersten Verfügung verbindlich festgestellt worden ist, muß im Einzelfall gefragt werden, ob Rechtssicherheitsinteressen die Berichtigung der Verfügung zuließen, ob die vormals begründeten oder festgestellten Rechtsfolgen eine Änderung ertrügen. Das Vorgehen des Bundesgerichts[17], wonach zuerst die Interessenabwägung durchgeführt und - wo diese nicht zur Abänderung der Verfügung reicht - in einem nächsten Schritt zusätzlich gefragt wird, ob ein Revisionsgrund vorliege, ist nicht folgerichtig.

---

16) Vgl. § 4, S. 77 ff
17) z.B. BGE 100 Ib 302 f

Der Prüfungsablauf müßte gerade umgekehrt erfolgen: Zunächst ist zu fragen, ob ein Grund für das Wiederaufrollen eines Verwaltungsverfahrens gegeben sei. Das geschieht nach Maßgabe der typisierten Revisionsgründe. Dann ist gegebenenfalls darüber zu entscheiden, ob sich die erste Verfügung tatsächlich als rechtswidrig erweise. Schließlich muß abgewogen werden, ob die rechtswidrige Verfügung eine Änderung ertrage. Erst in diesem letzten Stadium hat die Anwendung der bundesgerichtlichen Formel ihren Sinn und ist logisch möglich. Die Berichtigung kann und darf - nachdem sie in der Sache verfahrensrechtlich zugelassen ist - nicht von der Veränderung abstrahieren, die eine frühere Entscheidung herbeigeführt hat[18].

Den eben vorgetragenen Gedanken führt treffend auch KRAUSE[19] aus:

"Der Frage, ob der Anspruch sich darauf richtet, zu prüfen, inwieweit an der Bestandeskraft festgehalten werden darf und welche Maßstäbe solcher Prüfung zugrunde zu legen sind, oder ob der Anspruch sich unmittelbar auf eine Sachprüfung richtet, ist nicht zu entgehen. Die Unklarheiten, insbesondere, wenn der Behörde eine Interessenabwägung zwischen dem Rechtssicherheitsinteresse und dem Beseitigungsinteresse auferlegt wird, die bereits die möglichen Fehler und Fehlerquellen des Verwaltungsakts berücksichtigt, müssen ausgeräumt werden. Völlig abwegig ist es, eine erneute Sachprüfung zu fordern, wenn die Interessenabwägung einen möglichen Vorrang des Beseitigungsinteresses ergibt; denn damit ist die neue Sachprüfung - wenn auch oberflächlich - vorweggenommen."

In gleichem Sinn äußert sich BETTERMANN[20]:

---

18) KRAUSE, S. 164; FORSTHOFF, S. 260 f: "Die Aufhebung eines Verwaltungsakts, sei er begünstigend oder belastend, kann nicht den gleichen Rechtsregeln unterworfen sein, die für das Ergehen eines Verwaltungsakts gelten. Denn während die Verwaltung beim Erlaß eines Verwaltungsakts ein Stück Wirklichkeit erst regelt, sieht sie sich bei der Aufhebung dieser von ihr geregelten Wirklichkeit gegenüber und setzt sich mit ihr erneut auseinander."

19) KRAUSE, S. 180 f

20) BETTERMANN, Wiederaufnahme abgeschlossener Verwaltungsverfahren, Festschrift WOLFF, S. 470

"Die Widerrufslehre in ihrer gegenwärtigen Gestalt vermengt die beiden Fragen: ob und inwieweit der Verwaltungsakt überprüft - und ob und wie er geändert werden darf."

Ebenso MAURER[21]:

"Den entscheidenden Ansatzpunkt für eine sachgerechte Lösung unseres Problems erhält man dann, wenn man zwischen der Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte einerseits und der Prüfung eines Verwaltungsaktes auf seine Rechtmäßigkeit andererseits klar unterscheidet."

2. Für die Regelungsfunktion des negativen Verwaltungsaktes wäre im übrigen mit der einzelfallweisen Abwägung zwischen Rechtmäßigkeits- und Rechtssicherheitsinteresse kaum etwas gewonnen. Denn niemand hat in der Regel ein legitimes Interesse daran, eine Ablehnung, deren Rechtswidrigkeit durch antizipierten Entscheid festgestellt worden ist, aufrechtzuerhalten[22] [23]. Daraus kann der Schluß gezogen werden, daß rechtswidrige Verwaltungsakte ablehnenden Inhaltes in aller Regel zurückzunehmen sind, indem dem rechtswidrig abgelehnten Antrag stattgegeben wird. Darin das Fehlen der Rechtskraftfähigkeit negativer Verwaltungsakte zu sehen, wäre falsch, da die Rechtskraft nicht unmittelbar die Berichtigung fehlerhafter Verfügungen ausschließen, sondern die Diskussion um die Rechtmäßigkeit der Verfügung beenden will.

Es wird beispielsweise eine Versicherungsleistung abgewiesen, weil der Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis und Körperbeschwerden fehle. Der Versicherte legt

---

21) MAURER, H. DOeV 1966, S. 483, 1. Sp.

22) Auf diese Weise zieht BEETSCHEN, S. 36, den unzutreffenden Schluß auf das generelle Fehlen der Rechtskraft ablehnender Verfügungen

23) MAURER, H., DOeV 1966, S. 486, r. Sp.: "Es ist einsichtig, daß ein ablehnender Bescheid in der Regel ohne weiteres zurückgenommen werden kann, während Eingriffe in Freiheit und Eigentum öfters eine neue Rechts- und Tatsachensituation schaffen werden, die u.U. nicht einfach durch Umkehr des Unrechts beseitigt werden können.

später ein bemerkenswertes ärztliches Gutachten (Parteigutachten) vor, das den Kausalzusammenhang positiv darstellt. Bevor die Abwägung zwischen Rechtssicherheits- und Rechtmäßigkeitsinteresse eingreifen kann, muß festgestellt werden, ob die erfolgte Ablehnung angesichts des neuen Parteigutachtens rechtswidrig ist. Doch ist diese Feststellung nur im Rahmen eines wiederaufgerollten Verwaltungsverfahrens möglich. Gegen die Wiederaufnahme des Verfahrens stemmt sich die Rechtskraft der ergangenen negativen Verfügung, da ein Parteigutachten, das schon im ersten Verfahren hätte beigebracht werden können, keinen Wiederaufnahmegrund bildet[24]. Würde die Wiederaufnahme dennoch zugelassen und hätte die Verwaltung im neuen Verfahren die Rechtswidrigkeit der Ablehnung festgestellt, käme sie bei der Abwägung Rechtssicherheits-/Rechtmäßigkeitsinteresse zur Überzeugung, daß sich gegen die Ausrichtung der Versicherungsleistungen keine Rechtssicherheitsinteressen (Vertrauensschutz) wenden.

Bei begünstigenden Verfügungen wird das Rechtssicherheitsinteresse jedoch eher zugunsten der Aufrechterhaltung der allenfalls rechtswidrigen Anordnung ausschlagen. Dort spielt der Schutz des Vertrauens des Verfügungsadressaten eine bedeutende Rolle.

Die eben angestellten Überlegungen finden gewissermaßen ihre Bestätigung in der Tatsache, daß das Bundesgericht (das Eidg. Versicherungsgericht eingeschlossen) die Formel über die Abwägung des Rechtssicherheitsinteresses gegenüber dem Berichtigungsinteresse im Zusammenhang mit ablehnden Verfügungen - soweit ersichtlich - nie verwendet hat. Indes bestätigte das Bundesgericht mehrfach die Weigerung der Verwaltung, die Diskussion über die Rechts- oder Zweckmäßigkeit einer ablehnenden Verfügung fortzusetzen, es sei denn, die Fehlerhaftigkeit sei offensichtlich, so daß Nichtigkeit eingreift[25].

Ausnahmsweise kommen allerdings ablehnende Verwaltungsakte vor, die später nicht oder jedenfalls nicht ex tunc zurückgenommen werden können, selbst wenn ihre Rechtswidrigkeit

---

24) Vgl. die Ausführungen über die Revision § 4, S. 77 ff
25) Vgl. § 3 II, 2, S. 56 ff

im wiederaufgenommenen Verfahren festgestellt worden ist. In besonders gelagerten Fällen wenden sich der Vertrauensschutz für Dritte oder andere Hindernisse gegen die Rücknahme:

a) Möglicherweise kann auch bei der Frage nach der Berichtigung negativer Verfügungen der Schutz individuellen Vertrauens im Spiele sein. So wenn Dritte durch die unrechtmäßige Verweigerung faktisch begünstigt worden sind und sich danach eingerichtet haben. Zu denken ist etwa an eine unrechtmäßige verweigerte Baubewilligung, wodurch der Nachbar begünstigt ist[26]. Denn bei der "Umkehr" des durch den Erlaß eines fehlerhaften (auch negativen) Verwaltungsakts geschehenen Unrechts sind alle in Betracht fallenden, mit ihm in kausalem Zusammenhang stehenden faktischen Auswirkungen in Rechnung zu stellen[27]. Es muß eine allseitige Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen erfolgen, darunter auch der allfälligen Interessen am Schutz des Vertrauens Dritter auf den Bestand behördlicher Entscheide.

b) Die Weigerung der Verwaltung, auf das Gesuch eines Anlegers hin der Revisionsgesellschaft die Bewilligung als Revisionsstelle des Anlagefonds zu entziehen, ist eine negative Verfügung[28], erfolge sie als Nichteintretensentscheid oder als ablehnender Sachentscheid. Die Berichtigung einer derartigen Ablehnung stößt auf das Interesse der Revisionsgesellschaft. Diese wäre in ihrem Vertrauen auf die durch die Ablehnung implizierte Bestätigung ihrer Stellung als Revisionsstelle eventuell zu schützen.

c) Die Verweigerung des Zuschlages im öffentlichen Submissionsverfahren wurde vorne[29] als negative Verfügung dargestellt. Diese Ablehnung kann nur unter erschwerten Umständen rückgängig gemacht werden, wenn der Zuschlag gegenüber einem Dritten schon erfolgt ist. Die Berichtigung dürfte ausgeschlossen sein, wenn mit dem Werk schon begonnen worden ist.

---

26) Beispiel übernommen von THEUERKAUF, Abänderung unanfechtbarer Verwaltungsakte und Drittinteressen, DVBl 1964, S. 386
27) THEUERKAUF, Abänderung unanfechtbarer Verwaltungsakte und Drittinteressen, DVBl 1964, S. 389 f
28) BGE 98 Ib 57; vgl. § 1 II, 1, S. 4
29) Vgl. § 2 III, 3.3, S. 46 f

d) Die Berichtigung geschieht per definitionem ex tunc. Eine unrechtmäßig verweigerte Rente muß, wenn die Rechtswidrigkeit der Ablehnung im zugelassenen neu-aufgerollten Verfahren festgestellt worden ist, ex tunc zugesprochen werden. Andere Ablehnungen lassen sich jedoch ihrer Natur nach nicht ex tunc berich-tigen, so z.B. die Verweigerung der Baubewilligung[30]. Wollte man hier mit der ex-tunc-Berichtigung Ernst machen, müßte dem Gesuchsteller Schadenersatz zuge-sprochen werden. Weiter ist die Frage aufzuwerfen, ob im Rahmen der Abwägung zwischen Rechtssicherheits- und Rechtmäßigkeitsinteresse die ex-nunc-Berichti-gung in geeigneten Fällen ein sinnvoller Ausgleich sein könne[31].

30) MAURER, H., DOeV 1966, S. 486, r. Sp.
31) MAURER, H., DOeV 1966, S. 486, r. Sp.

§ 7 DIE FORM DES NEGATIVEN VERWALTUNGSAKTES

Will die Verwaltung einen Antrag durch Verfügung, d.h. rechtskräftig, ablehnen, muß sie das dem Antragsteller eröffnen. Es stellt sich die Frage, in welcher Form die Eröffnung zu erfolgen hat.

I. DER STILLSCHWEIGENDE VERWALTUNGSAKT ABLEHNENDEN INHALTS?

Die Ablehnung kann an sich durch Stillschweigen erfolgen. Läßt die Verwaltung nach der Antragstellung binnen einer gewissen Frist nichts von sich hören, gilt der Antrag als abgelehnt.

Eine diesbezügliche Frist ist im Verfahrensrecht des Bundes (jedenfalls allgemein) nicht vorgesehen. Dem Anschein nach kennt das KUVG[1] eine derartige Frist. Ist der Versicherte oder Aufnahmebewerber mit einem Entscheid der Kasse nicht einverstanden, so hat diese innert 30 Tagen eine schriftliche Verfügung zu erlassen[2]. Das kantonale Versicherungsgericht kann angerufen werden, wenn die Kasse innert der 30-tägigen Frist keine Verfügung erläßt. Die Frist beginnt mit dem "Entscheid" der Kasse, der keine Verfügung darstellt, zu laufen. Ob und gegebenenfalls wann dieser Entscheid im Falle des Stillschweigens getroffen worden ist, bleibt dem Versicherten verborgen. Daher hat die betreffende Frist insofern keine Bedeutung.

Auch die kantonalen Verwaltungsverfahrens- oder Verwaltungsrechtspflegegesetze nennen keine Frist, innerhalb der eine Behörde auf Antrag hin verfügen muß. Nach § 64 Abs. 2 des basellandschaftlichen Organisationsgesetzes darf die Behörde die Behandlung einer Eingabe nicht "über Gebühr" verzögern.

Demzufolge bleibt es der Praxis überlassen zu entscheiden, innerhalb welcher Frist die Behörde einen Antrag zu beantworten hat. Je nach Sachbereich dürfte die angemessene Frist länger oder kürzer ausfallen. Wie lange die Frist im einzelnen zu bemessen ist, haben sich die Rekursinstanzen zu entscheiden, wenn sie sich mit einer

---

1) Art. 30 Abs. 3 KUVG
2) Art. 30 Abs. 1 KUVG

Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde auseinanderzusetzen haben, mit der geltend gemacht wird, die Behörde habe auf Antrag hin zu unrecht nicht oder noch nicht verfügt.

Die bundesdeutsche Verwaltungsgerichtsordnung[3] läßt die Untätigkeitsklage zu, wenn über einen Widerspruch oder über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden ist. Die Klage kann nicht vor Ablauf von drei Monaten seit der Einlegung des Widerspruchs oder seit dem Antrag auf Vornahme des Verwaltungsaktes erhoben werden, außer wenn wegen besonderer Umstände des Falles eine kürzere Frist geboten ist.

Im Stillschweigen der Behörde kann zwar eine Ablehnung, jedoch nie eine rechtskräftige Ablehnung, d.h. eine negative Verfügung, erblickt werden. Das Stillschweigen der Behörde als der Ablehnung entsprechendes konkludentes Verhalten genügt in keiner Weise, um dem Antragsteller kundzutun, die Weiterverfolgung des beantragten und abgelehnten Anspruches sei bei ihr und - im Falle der Anfechtbarkeit - bei der Rechtsmittelinstanz nach Ablauf einer Rechtsmittelfrist ausgeschlossen. Von der Ablehnung durch Stillschweigen geht keine res iudicata-Wirkung aus. Die befristete Anfechtbarkeit gegen die Ablehnung durch Stillschweigen ist eine sinnlose Konstruktion.

Die Rechtsmittelfrist beginnt vom Zeitpunkt der Eröffnung oder einer anderweitigen Kenntnisnahme an zu laufen[4]. Wann würde sie im Falle der ablehnenden Verfügung durch Stillschweigen beginnen? Der fixe zeitliche Ansatzpunkt fehlt hier, weshalb eine gesetzliche Fristansetzung für die Weiterverfolgung sinnlos wäre. In Frage kommt nur ein unbefristetes Rechtsmittel. Daher ist anhaltendes Stillschweigen gegenüber einem Antrag als Rechtsverweigerung (oder Rechtsverzögerung) zu verstehen, gegen die

---

3) § 75 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960
4) Art. 50 VwG; Art. 106 Abs. 1 OG; § 40 Abs. 1 (ab Zustellung) und Abs. 2 (ab Kenntnisnahme) Verwaltungsrechtspflegegesetz AG; § 65 Abs. 1 (ab Mitteilung) Organisationsgesetz BL; § 47 Abs. 1 (ab Eröffnung) Verwaltungsrechtspflegegesetz SG; Art. 22 (ab Mitteilung oder, mangels solcher, ab Kenntnisnahme) Verwaltungsrechtspflegegesetz ZU

die unbefristete Beschwerde zulässig ist[5].

Will die Behörde einem allfälligen Vorwurf vorbeugen, einen Antrag zu Unrecht nicht anhand genommen zu haben, hat sie ihren Entscheid dem Antragsteller mitzuteilen, selbst im Falle des Fehlens von Verfahrensvoraussetzungen. Das Minimum, zu dem die Verwaltung verpflichtet sein muß, ist die Mitteilung, sie trete auf einen Antrag nicht ein[6]. Das ist der eine Aspekt. Unter dem anderen, dem Gesichtspunkt der Regelungsfunktion, ist festzuhalten, daß die Verwaltung dem Antragsteller nur dann die Rechtskraft einer Ablehnung entgegenhalten kann, wenn sie ihm diese förmlich mitgeteilt hat. Der Regelungswille der Verwaltung muß dem Verfügungsadressaten erkennbar sein. Die Mitteilung des Regelungswillens geschieht am besten dadurch, daß der Entscheid als Verfügung bezeichnet und gegebenenfalls auf die Befristung der Anfechtbarkeit aufmerksam gemacht wird[7].

Die "kaum befriedigende Fiktion eines stillschweigenden Verwaltungsaktes ablehnenden Inhaltes"[8] ist daher nicht brauchbar, da im Begriff des Verwaltungsaktes die Rechtskraft enthalten ist. Sie ist selbst im Hinblick auf den Rechtsschutz entbehrlich, da die Rechtsverweigerungsbeschwerde ihrer eigentlichen Funktion nach keinen Anfechtungsgegenstand zur Voraussetzung hat[9].

Daran ist auch angesicht der - m.E. nicht sehr glücklichen - Formulierung des Art. 97 Abs. 2 OG festzuhalten:

---

5) Art. 70 Abs. 1 VwG; Art. 106 Abs. 2 OG; § 40 Abs. 4 Verwaltungsrechtspflegegesetz AG; § 90 Abs. 2 Verwaltungsrechtspflegegesetz SG; § 32 Abs. 3 Verwaltungsrechtspflegegesetz SO

6) KRAUSE, S. 198: "In der Regel verletzt die Verwaltung ihre Betreuungspflicht, wenn sie dem Bürger das negative Ergebnis einer Prüfung des von ihm erhobenen Anspruchs nicht - begründet - mitteilt".

7) Vgl. z.B. Art. 34 Abs. 2 VwG

8) GYGI/STUCKI, Art. 16 III 1

9) GYGI/STUCKI, Art. 16 III 1

"Als Verfügung gilt auch das unrechtmäßige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung."

Diese Bestimmung beabsichtigt einzig, die Anknüpfung für die unbefristete Rechtsverweigerungsbeschwerde zu formulieren und kann nicht dazu verleiten, das Verweigern einer Verfügung als Verfügung, d.h. als rechtskräftige Ablehnung, aufzufassen. Der Gesetzgeber hat anläßlich der Abfassung dieser Bestimmung nicht in Betracht gezogen, daß die Verfügung stets eine verbindliche und grundsätzlich endgültige Anordnung ist.

Die Verordnung II über die Unfallversicherung[10] sieht vor, daß dem Versicherten Beschwerdefristen mit Empfang der ersten beanstandeten Leistung oder mit dem Einstellen der letzten Leistung ohne vorangehende Verfügung laufen. Damit erklären diese Bestimmungen "konkludentes" Handeln als Eröffnungsform rechtskräftiger Ablehnungen. Das in Frage stehende Handeln vermag gewiß eindeutiger auf den Ablehnungswillen der Behörde hinzuweisen als bloßes Stillschweigen, doch genügt es ebensowenig, um der damit ausgedrückten Ablehnung die Wirkung eines Verwaltungsaktes zu heben. GYSIN[11] kritisiert diese Regelung zurecht. Die seines "Wissens obsoleten Bestimmungen setzen sich auch über die Rechtsmittelbelehrung hinweg, hätten heute wenig Aussicht auf richtlichen Schutz und sollten verschwinden".

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß bloßes Stillschweigen und sonstiges für die Ablehnung konkludentes Handeln zwar die Ausdrucksform einer schlichten, jedoch nie einer rechtskräftigen Ablehnung sein kann. Zum Begriff des ablehnenden Verwaltungsaktes gehört daher die förmliche Mitteilung der Ablehnung an den Antragsteller und die Kenntlichmachung des Regelungswillens. Dazu gehört die Schriftform mit Begründung und Rechtsmittelbelehrung.

---

10) Art. 9 Abs. 1 lit. b und c der Verordnung II vom 3. Dezember 1917 über die Unfallversicherung, SR 832.22
11) GYSIN, S. 12, FN. 3

II. DIE EINZELNEN FORMERFORDERNISSE

Die angemessene Form, in der die Verfügung eröffnet werden soll, ist die Schriftlichkeit[12]. Von diesem Grundsatz sollte kaum je abgewichen werden[13]. Einzig die schriftliche Mitteilung vermag allseitige Gewißheit über die Tatsache und den Inhalt einer rechtskräftigen Anordnung zu vermitteln. Die Schriftlichkeit als Eröffnungsform ist denn auch dem Grundsatz nach weitgehend gesetzliches Erfordernis geworden[14].

Die Schriftlichkeit bildet die geeignete und unentbehrliche Grundlage, weiteren rechtsstaatlichen Formerfordernissen genügen zu können[15][16]. Zur Eröffnung der Verfügung gehört eine kurze Begründung. Dies erfordert das Prinzip des rechtlichen Gehörs und der Rechtsschutz im Hinblick auf das Rechtsmittelverfahren[17]. Insbesondere bedürfen auch solche Entscheide einer Begründung, die nach Maßgabe pflichtgemäßen Ermessens ergehen, denn hier kann nur aufgrund der Begründung festgestellt werden, ob sich die Behörde von sachgerechten Motiven hat leiten lassen. Daher ist die Begründung der Ermessensentscheidung für den Angriff im Beschwerdeverfahren von ausschlaggebender Bedeutung[18]. Die Begründung ist auch insofern wesentlich, als der Verfügungsgegenstand häufig nur

---

12) GIACOMETTI, S. 385
13) Ausnahme: Mündliche Eröffnung von Zwischenverfügungen an anwesende Parteien, Art. 34 Abs. 2 VwG
14) Art. 34 Abs. 1 VwG; Art. 128 AHVV; Art. 91 IVV; Art. 12 Abs. 4 MVG; Art. 9 Abs. 1 lit. a der Verordnung II vom 3 Dezember 1917 über die Unfallversicherung, SR 832.22; § 23 Verwaltungsrechtspflegegesetz AG; § 57 Organisationsgesetz BL; Art. 25 Verwaltungsrechtspflegegesetz SG; § 21 Verwaltungsrechtspflegegesetz SO; § 10 Verwaltungsrechtspflegegesetz ZH
15) GIACOMETTI, S. 385
16) REINHARDT, S. 230; dieser Autor schließt von der Begründungspflicht auf die Notwendigkeit schriftlicher Eröffnung.
17) GIACOMETTI, S. 385; REINHARDT, S. 228 ff
18) REINHARDT, S. 231

aufgrund der Motive identifiziert werden kann[19]. Gut ausgebildete Verfahrensgesetze schreiben die Begründung von Verwaltungsverfügungen vor[20].

Der Anspruch auf Begründung leitet das Bundesgericht, sofern er nicht gesetzlich fixiert ist, aus Art. 4 BV ab. Allerdings muß nicht schlechthin jeder Entscheid eine Begründung enthalten. Der Verfügungsadressat kann sich über die Tragweite des Entscheids und über die Chance einer allfälligen Beschwerde auch dann ein Bild machen, wenn ihm die Entscheidungsgründe auf andere Weise eröffnet werden:

> "Der Anspruch des Einzelnen auf rechtliches Gehör, wie er sich unmittelbar aus Art. 4 BV ergibt, ist in der Regel als gewahrt zu betrachten, wenn ihm die Behörde die Gründe ihrer Entscheidung sonstwie zur Kenntnis bringt. So kann z.B. den Parteien aufgrund vorausgegangener Verhandlungen oder des offen zutage liegenden Beweisergebnisses zum vorneherein bekannt sein, weshalb die Behörde so und nicht anders entschieden hat (...). Bei einer Verfügung, welche die Behörde aufgrund gesetzlicher Vorschriften zu fällen hat, die ihr keinerlei Beurteilungsspielraum oder Ermessen belassen, kann schon der bloße Hinweis auf diese Gesetzesvorschriften für die Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen genügen (...). ..."[21]

De lege ferenda ist zu fordern, daß die Begründungspflicht in den Verwaltungsverfahrensgesetzen, etwa nach dem Muster des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes, festgelegt wird.

Die Verletzung einer festgelegten Begründungspflicht muß unter dem Gesichtspunkt des Zwecks, dem die Motivierung dienen soll, sanktioniert werden[22]. Nichtigkeit einer pflichtwidrig nicht begründeten Verfügung anzunehmen, schösse über das Ziel hinaus. Vielmehr sollte den Betroffenen - entsprechend

---

19) Vgl. § 9 IV, 3.3; S.144, § 10 II, 2.2, S.169
20) z.B. Art. 35 VwG; § 23 Abs. 3 Verwaltungsrechtspflegegesetz AG; § 57 Organisationsgesetz BL; § 34 Verwaltungsrechtspflegegesetz SG; § 21 Verwaltungsrechtspflegegesetz SO
21) BGE 98 Ia 465; vgl. auch BGE 93 I 120, 96 I 724 f
22) REINHARDT, S. 241

dem wohlbegründeten Vorschlag REINHARDTs[23] - innerhalb der normalen Rechtsmittelfrist die Gelegenheit geboten sein, von der Behörde eine Begründung zu fordern. Solange die rechtzeitig verlangte Begründung nicht erfolgt ist, würde die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen beginnen. Mit anderen Worten ist durch die Verfügung insofern und solange keine endgültige Regelung zustandegekommen.

Schließlich gehört die Rechtsmittelbelehrung[24] zu den unentbehrlichen Requisiten einer sachgerechten Eröffnung. Der Verfügungsadressat muß auf die rechtliche Möglichkeit der Anfechtung aufmerksam gemacht und darüber orientiert werden, bei welcher Instanz und innert welcher Frist eine allfällige Beschwerde eingereicht werden kann[25]. Einige moderne Verfahrensgesetze halten die Behörden an, ihre Verfügungen mit der Rechtsmittelbelehrung zu versehen[26]. Einen allgemeinen Grundsatz des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, der von Bundesrechts wegen zur Rechtsmittelbelehrung verpflichten würde, besteht allerdings nicht[27].

Dagegen darf dieselbe Behörde nicht im einen Fall die Rechtsmittelbelehrung anbringen, im anderen gleichgelagerten hingegen nicht. "Wenn das Gesetz die Rechtsmittelbelehrung nicht zwingend vorschreibt, sind die Departemente zwar nicht verpflichtet, ihre Verfügungen mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen; es ist jedoch nicht ihrer Willkür überlassen,

---

23) REINHARDT, S. 242 f
24) Zum Begriff der Rechtsmittelbelehrung REINHARDT, S. 245
25) GIACOMETTI, S. 385
26) Art. 35 VwG; § 23 Abs. 3 Verwaltungsrechtspflegegesetz AG; § 57 Organisationsgesetz BL; § 24 lit. d Verwaltungsrechtspflegegesetz SG; § 21 Verwaltungsrechtspflegegesetz SO; § 10 Verwaltungsrechtspflegegesetz ZH; Art. 28 Abs. 2 AHVV; vgl. zudem die Aufzählung in BGE 98 Ib 332
27) BGE 98 Ib 338

Verfügungen mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen oder nicht. Vielmehr haben sie eine einheitliche Praxis einzuhalten, die keinen Adressaten begünstigt bzw. benachteiligt."[28)]

Wo die Rechtsmittelbelehrung wider die aus dem Gesetz oder dem Gleichbehandlungsgrundsatz fließende Pflicht unterblieben oder fehlerhaft ist, greift der Grundsatz ein, wonach dem Verfügungsadressaten aus fehlerhafter Eröffnung keine Nachteile entstehen dürfen[29)]. Daraus ergibt sich nicht, daß der wegen fehlender oder mangelhafter Rechtsmittelbelehrung nicht gehörig eröffnete Verwaltungsakt schlechthin nichtig ist, die Rechtsmittelfrist gegen ihn a priori nicht zu laufen beginnt; die mangelhafte Eröffnung kann trotz des Mangels ihren Zweck erreichen. Nach den konkreten Umständen ist zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt oder in entschuldbarer Unkenntnis gelassen worden ist. Richtschnur für die Beurteilung dieser Frage ist der Grundsatz von Treu und Glauben, an dem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet[30)].

Die eben beschriebenen Formerfordernisse haben für die Ablehnung durch Verfügung besonderes Gewicht. Die ablehnende Verfügung wird - soweit sie die beantragte Begünstigung gänzlich verweigert - nicht durch ein entsprechendes Vollzugshandeln bestätigt. Im Sozialversicherungsrecht ist für die Leistungsgewährung häufig die sog. De-facto-Erledigung gebräuchlich, d.h. unmittelbare Leistung ohne vorgängige Verfügung[31)]. Diese Erledigungsart - eine De-facto-Ablehnung wäre in Form des Stillschweigens denkbar - ist indes für

---

28) BGE 98 Ib 340
29) Art. 107 Abs. 3 OG; Art. 38 VwG; BGE 98 Ib 337; BGE 98 V 278
30) BGE 98 V 279 und die dortigen Verweise
31) GYSIN, SZS 1974, S. 10

Leistungsablehnungen absolut unzulänglich[32]. Entsprechend enthält das deutsche Recht Bestimmungen, die bei Ablehnung oder Entziehung eines Anspruches einen - schriftlich begründeten - Bescheid vorsehen, während die Leistung ohne Bescheid erfolgt[33]. Aufgrund analoger Überlegung sind im eidgenössischen Recht die gesetzlichen Formerfordernisse etwa dort gemildert, wo die Behörde einem Begehren des Antragstellers voll entspricht; insofern ist sie ermächtigt, auf Begründung und Rechtsmittelbelehrung zu verzichten[34].

Daß De-facto-Erledigungen von Leistungsansprüchen, d.h. Erfüllungshandlungen ohne Verpflichtungsakt, weder im Positiven noch im Negativen (Ablehnung eines Mehreren) einen Verwaltungsakt (mit Rechtskraftwirkung) darstellen können, ist keine Frage. Insofern sind solche Erledigungshandlungen der Verwaltung für den Adressaten nicht problematisch, da sie ja keine Rechtswirkungen auslösen. Es beginnt insbesondere keine Rechtsmittelfrist zu laufen. Doch bestehen Bedenken, weil der Adressat durch die bloße Erfüllung weder von einer Begründung noch von einer Rechtsmittelbelehrung in Kenntnis gesetzt wird. Damit bleibt er im Ungewissen, warum er gerade soviel und nicht mehr erhält. Erfüllungshandlungen können Beanstandungen hervorrufen, weshalb dem Adressaten auch mitgeteilt werden muß, wo und wie er die Beanstandung anzubringen hat und - vor allem - daß er Anspruch auf einen Verwaltungsakt hat, der ihm den Rechtsweg öffnet. Die Rechtsmittelbelehrung ist unerläßlich, wenn durch eine Verwaltungshandlung der Rechtsschutz befristet wird, wie das beim Erlaß

---

32) Sie kommt auch in keinem Sozialversicherungszweig vor, GYSIN, SZS 1974, S. 12
33) KRAUSE, S. 204
34) Art. 35 Abs. 3 VwG (wenn keine Partei eine Begründung verlangt); § 23 Abs. 3 Verwaltungsrechtspflegegesetz AG

von Verwaltungsakten der Fall ist (Beginn der Rechtsmittelfrist). Die Belehrung ist indes auch dort angezeigt, wo es einzig darum geht, dem Adressaten seinen unbefristeten Anspruch auf eine beschwerdefähige Verfügung mitzuteilen. Daher ist mit der bloßen Erfüllungshandlung die Belehrung über die Beanstandungsmöglichkeit und über den Anspruch auf eine beschwerdefähige Verfügung zu verbinden. Mit jeder Erfüllungshandlung ist die konkludente Ablehnung eines Mehreren verbunden[35].

Von der Frage nach der erforderlichen Eröffnungsform ist diejenige nach der rechtswirksamen Zustellung zu unterscheiden: Unter welchen Voraussetzungen gilt eine formell an sich ordnungsgemäß eröffnete Verfügung dem Betroffenen als rechtswirksam zugestellt? Darüber hat sich nicht allein im Zusammenhang mit Verwaltungsakten eine reiche Praxis entwickelt, auf die in unserem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden kann[36].

---

35) Das Art. 9 Abs. 1 lit. b und c der Verordnung II vom 3. Dezember 1917 über die Unfallversicherung, SR 832.22, wonach mit Erfüllungshandlungen ("mit der beanstandeten Leistung") Rechtsmittelfristen zu laufen beginnen, einer richterlichen Kontrolle nicht standhalten darf, wurde schon ausgeführt; s.

36) Vgl. z.B. IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung II, S. 630; vgl. z.B. auch BGE 100 III 3

2. TEIL

DIE TRAGWEITE DER RECHTSKRAFT

§ 8 EINLEITUNG

Die Tragweite der Rechtskraft ist begrenzt. In objektiver Hinsicht bezieht sich die Rechtskraft allein auf denselben Verfügungsgegenstand[1] und - in zeitlicher Hinsicht - auf die Anwendung desselben Rechts[2]. Unter subjektiven Kriterien gilt der Grundsatz 'res iudicata ius facit nisi inter partes'[3].

In den folgenden drei Paragraphen werden die Kriterien näher ausgeführt, die den Bereich abgrenzen, innnerhalb dessen die Rechtskraft der ablehnenden Verfügung wirksam wird.

Zu besonderer Diskussion Anlaß gibt der Begriff des Verfügungsgegenstandes. Mit dem Gegenstand der Verfügung will bezeichnet sein, was durch sie entschieden worden ist. Das Entschiedene soll nach dem Grundsatz 'ne bis in idem' nicht einer neuen Entscheidung zugeführt werden können, jedoch nur das Entschiedene. Daher steht der Verfügungsgegenstand unmittelbar im Zusammenhang mit der Tragweite der Rechtskraft. Von seiner Bestimmung hängt es ab, wie der Umfang der Rechtskraft abzugrenzen ist[4].

Im streitigen Verfahren, z.B. im Zivilprozeß oder im Verwaltungsgerichtsprozeß, heißt der Gegenstand des Entscheids Streitgegenstand. Er steht in Analogie zum Verfügungsgegenstand im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren.

Um den Begriff des Streitgegenstandes besteht eine ausgiebige Diskussion[5]. In die entsprechenden Kontroversen auf begriff-

---

1) Vgl. § 9 und § 10, S. 124 und S. 162
2) Vgl. § 11, S. 208
3) Vgl. § 12, S. 216
4) Vgl. z.B. GRUNSKY, S. 21: "Von der Bestimmung des Streitgegenstandes hängt insbesondere der objektive Umfang der materiellen Rechtskraft ab." Vgl. auch KUMMER, Klagerecht, S. 66
5) KOELZ, S. 133 ff, gibt eine gedrängte Übersicht über den Stand der Kontroverse

lich abstrakter Ebene einzugreifen, stellt sich als wenig fruchtbares Unternehmen dar. Dem Problem ist besser in analytischer Methode beizukommen. Es soll versucht werden, anhand verschiedener Einzelfragen zu einer Lösung zu gelangen. Soviel sei allerdings vorweggenommen: Den Rahmen für die Bestimmung des Gegenstandes einer antragsbedingten Verfügung bilden der Antrag und der Sachverhalt[6]. Durch ablehnende Verfügung wurde jeweils über einen Antrag entschieden, dem ein bestimmter Sachverhalt zugrundelag. Fehlt es anläßlich eines neuen Verfahrens an der Identität des Antrages oder des Sachverhalts, steht nicht Entschiedenes erneut zur Entscheidung. Was unter diesen beiden Begriffen im Einzelnen zu verstehen ist, in welchem Grade der Antrag bzw. der Sachverhalt auf die Bestimmung des Verfügungsgegenstandes hinzuwirken vermag und welche Elemente des Antrages bzw. des Sachverhalts sich dabei als erheblich erweisen, sind Fragen, die im folgenden Paragraphen einer näheren Analyse zugeführt werden sollen.

---

6) Dieser zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff wird z.B. von KOELZ, S. 135/136, abgelehnt, da er in Fällen, in denen aus mehreren Sachverhalten oder Lebensvorgängen dasselbe Ziel angestrebt werde, versage. Der Kläger könne so, obwohl ihm nur ein materiellrechtlicher Anspruch aus allen Sachverhalten zustehe, mehrere Klagen über denselben Gegenstand führen. KOELZ befürwortet daher den "eingliedrigen, rein prozeßualen" Streitgegenstandsbegriff. "Streitgegenstand ist nach dieser Ansicht das Begehren der im Klageantrag bezeichneten Entscheidung." Der Sachverhalt sei dem Streitgegenstand nicht begriffswesentlich, hingegen müsse er - gewissermaßen durch eine Hintertüre, nicht vor den gestrengen Augen der Begriffsbildung - bei der Auslegung des Klageantrages beigezogen werden. In Tat und Wahrheit kommt es darauf an, was man unter dem den Verfügungsgegenstand mitbestimmenden Sachverhalt versteht.

§ 9 DIE IDENTITÄT DES ANTRAGES

I. AUSGANGSLAGE

Im Zivilprozeßrecht ist für die Feststellung der Identität des Streitgegenstandes die Rechtsbehauptung (Klagebegehren) Ausgangspunkt:

> "Wird im zweiten Prozeß (als Vor- oder Hauptfrage) eine andere Rechtsbehauptung aufgestellt, so kann das im ersten Prozeß ergangene Urteil - immer gleiche oder doch von der Rechtskraft jenes Urteils erfaßte Parteien - von vorneherein nicht eingreifen, weil zwei verschiedene Rechtsfolgen vorgebracht werden, von denen jede für sich von Zivilrechts wegen beanspruchen kann, zu autoritativer Feststellung gebracht zu werden."[1]

Im Verwaltungsverfahren nennen wir die Rechtsbehauptung Antrag[2] oder Begehren[3], hin und wieder kommen auch die Ausdrücke Gesuch (Baugesuch) oder Anmeldung[4] vor. Der Antrag löst das Verfahren für die antragsbedürftigen Verwaltungsverfügungen aus[5] und wirkt in gewissem Maße bei der Abgrenzung des Verfügungsgegenstandes mit. Analog zum Zivilurteil liegt von vorneherein keine Identität des Verfügungsgegenstandes vor, wenn inhaltlich ein anderer als der beschiedene Antrag gestellt ist. Über einen anderen Antrag muß später entschieden werden, selbst wenn ihm derselbe Sachverhalt zugrundeliegt und dieselben Rechtssätze zur Anwendung gelangen. Die nun folgenden Ausführungen befassen sich mit der Frage, inwiefern Antragsidentität vorliegt bzw. nicht vorliegt.[6]

---

1) KUMMER, Klagerecht, S. 67
2) Vgl. GIACOMETTI, S. 359
3) Art. 5 Abs. 1 lit. c VwG
4) z.B. im Sozialversicherungsrecht oder im Grundbuchrecht
5) Vgl. GIACOMETTI, S. 357
6) Vgl. die folgenden Ausführungen über die Bestimmtheit des Antrages und über den Grad der Identifizierung des Verfügungsgegenstandes durch den abgelehnten Antrag, S. 124 ff, S. 131 ff

II. BESTIMMTHEIT DES ANTRAGES BZW. DER ABLEHNUNG

1. Grundsatz, formuliert anhand des Bestimmtheitserfordernisses im Zivilprozeß

Grundsätzlich ist der Antrag genau zu bestimmen. Der Antragsteller muß präzis sagen, von wem er was und wieviel will. Im hier zu besprechenden Zusammenhang der Antragsidentität interessiert uns die präzise Bestimmung des Antragsinhaltes (was und wieviel er will). Das beantragte Recht muß genau bezeichnet werden, um es von anderen, dem Antragsteller möglicherweise weiter zustehenden Rechten unterscheiden zu können[7].

Die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens ist insbesondere im Zivilprozeß[8] unerläßlich. Das Begehren ist dort grundsätzlich so zu formulieren, daß es bei vollumfänglicher Gutheißung der Klage ohne Ergänzung und Verdeutlichung zum Dispositiv des Urteils erhoben werden kann[9]. Das Zivilgericht muß von den Parteien erfahren, über welche Ansprüche es zu entscheiden hat, da den Parteien anheimgestellt ist, den Streitgegenstand zu bestimmen (Dispositionsmaxime). Zudem muß auch der Beklagte wissen, wogegen er sich zu verteidigen hat[10]. Schließlich bestimmt sich die Rechtskraft aus dem Inhalt des Dispositivs, das sich seinerseits über das Rechtsbegehren äußert. Die Bestimmtheit des Begehrens ist daher mittelbar ausschlaggebend für die Bestimmtheit des Umfanges der Rechtskraft[11].

---

7) Vgl. GRUNSKY, S. 41
8) Andere Prozeßarten, z.B. der nachträgliche oder ursprüngliche Verwaltungsgerichtsprozeß, sollen im vorliegenden Zusammenhang zum Vergleich nicht herangezogen werden; am aussagekräftigsten erscheint hier die Gegenüberstellung von Zivilprozeß und Verwaltungsverfahren (Verfügungsverfahren).
9) GULDENER, S. 162
10) GULDENER, S. 162
11) Vgl. GRUNSKY, S. 44

2. Das Bestimmtheitserfordernis hinsichtlich des Antrages im Verwaltungsverfahren

2.1 Der Grundsatz, wonach das Begehren in präziser Bestimmtheit zu fassen ist, hat im Verwaltungsverfahren nicht annähernd die gleiche Bedeutung wie im Zivilprozeß.

> Das Verwaltungsverfahren ist stark durch die Offizialmaxime beeinflußt, selbst dort, wo es um antragsbedingte Verwaltungsakte geht, wo also die Befugnis der Verfahrensauslösung in Händen des Bürgers liegt. Zwar ist es nicht üblich, im Zusammenhang mit dem (nichtstreitigen) Verwaltungsverfahren von Prozeßmaximen, wie Offizial- bzw. Dispositionsmaxime, zu sprechen, doch können diese Begriffe auch hier ihren Dienst erweisen. In einem von der Offizialmaxime beherrschten Verfahren hat der Richter die Kompetenz, das Verfahren auszulösen, es einzustellen oder abzuschließen, und den Streitgegenstand zu bestimmen[12]. Die Aufgabe der Verwaltung ist von der des Richters jedoch grundlegend verschieden: Sie hat die Verwaltungsrechtsnormen - je nach deren Maßgabe - weitgehend aus eigenem Antrieb zu verwirklichen, während der Richter nur im Streitfall in Funktion tritt. Die Frage der Funktionszuteilung zwischen Bürger und Verwaltung stellt sich daher anders als diejenige zwischen Parteien und Richter. Im Prozeß kommt die Offizialmaxime in ihrer ausgeprägtesten Form wohl kaum vor (nemo iudex sine actore), wogegen im Verwaltungsverfahren der Verwaltung vielfach die Kompetenz zugewiesen ist, das Verfahren auszulösen und den Verfügungsgegenstand zu bestimmen. Wieweit die Verwaltung die Kompetenz hat, den Verfügungsgegenstand selbst zu bestimmen, kann nicht generell gesagt werden. Wie anhand der folgenden Beispiele gezeigt wird, kommt die Offizialmaxime je nach Sachmaterie mehr oder weniger stark zum Ausdruck.

Selbst wo die Kompetenz, das Verwaltungsverfahren auszulösen, dem Einzelnen zusteht (Dispositionsmaxime), wird der Verfahrensgegenstand in vielen Fällen durch die Verwaltung bestimmt (Offizialmaxime). So genügt z.B. bei Leistungsansprüchen aus der obligatorischen Unfallversicherung die Anzeige des Unfalls, allenfalls auf einem hiezu zur Verfügung stehenden Formular[13], ohne daß Art und Höhe der beanspruchten Versicherungsleistung bezeichnet bzw. beziffert werden müssen.

---

12) Vgl. KOELZ, S. 4
13) Vgl. MAURER, A., S. 165

Der Versicherte wäre dabei weit überfordert. Desgleichen bedarf die Beanspruchung von Leistungen aus der Invalidenversicherung lediglich der Anmeldung, die auf einem amtlichen Formular vorzunehmen ist und zunächst vor allem Anhaltspunkte für den leistungsbegründenden Sachverhalt bieten soll (Bezeichnung des Sachverhaltskerns). Welche Art von Leistungen und in welcher Höhe sie zu entrichten sind, bedarf weiterer Abklärungen und muß ex officio festgestellt werden. So führt das Eidg. Versicherungsgericht[14] (unter dem Gesichtspunkt der Säumnisfolge, d.h. der Verwirkung wegen verspäteter Anmeldung) aus, der Versicherte wahre mit der Anmeldung an die Invalidenversicherungskommission grundsätzlich alle seine zu diesem Zeitpunkt gegenüber der Versicherung bestehenden Leistungsansprüche, selbst wenn er diese im Anmeldungsformular nicht im einzelnen angibt, soweit sie in einem Zusammenhang mit den sich aus den Angaben des Versicherten ausdrücklich oder sinngemäß ergebenden Begehren stehen und soweit für sie auch Anhaltspunkt in den Akten die Annahme erlauben, sie könnten ebenfalls in Betracht kommen[15]. Daraus erhellt, daß an die Bestimmtheit eines Antrages im Verwaltungsverfahren geringe Anforderungen gestellt werden können.

2.2 Daß an die Bestimmtheit des Antrages geringe Anforderungen gestellt werden können, gilt nicht generell. Nicht immer ist offenkundig, was überhaupt im Interesse des Antragstellers steht. Die Offenkundigkeit fehlt überall dort, wo das materielle Recht dem Antragsteller für die Bestimmung seines Antrages bezüglich Art und Inhalt bzw. individueller Gestaltung großen Spielraum läßt. Das Baubewilligungsgesuch bietet ein anschauliches Beispiel für einen solchen Antrag. Die Baubewilligungsbehörde muß sich genaue Vorstellungen über die beabsichtigte Ausgestaltung des Bauvorhabens machen

---

14) BGE 100 V 117
15) Vgl. auch BGE 99 V 46; EVG 1964, S. 189 ff; EVG 1962, S. 342 ff

können. So muß die Baueingabe z.B. im Kanton Bern aus dem Baugesuch, einem allfälligen Ausnahmegesuch, dem Situationsplan und den Projektplänen (Grundriß aller Geschoße, Querschnitte, Pläne aller Fassaden) bestehen, wenn sie den einschlägigen Verfahrensvorschriften entsprechen will[16]. All diese Unterlagen bestimmen zusammen den Inhalt des Antrages[17].

Im Polizeiverwaltungsrecht müssen an die Bestimmtheit der Gesuche höhere Anforderungen gestellt werden als z.B. bei Leistungen im Sozialversicherungsrecht, weil sich die Bewilligungsbehörde ein genaues Bild machen können muß über das polizeilich relevante Handeln, das den Gesuchsteller interessiert und das er bewilligt haben will.

Bestimmt sind ferner ihrer Natur nach oder aufgrund von Formvorschriften folgende beispielsweise aufgezählten Anträge:

- Anmeldung eines Rechts zur Eintragung ins Grundbuch
- Gesuch um Eintragung einer Firma ins Handelsregister
- Gesuch um Eintragung einer Marke ins Markenregister
- Namensänderungsgesuch gemäß Art. 30 ZGB
- Patentanmeldung; sie bezieht sich jeweils auf eine exakt umschriebene Erfindung[18]
- Einfuhrgesuch für Filme; erforderlich ist z.B. eine Inhaltsangabe über den einzuführenden Film[19].

3. Die Ablehnung bestimmter bzw. unbestimmter Anträge

Ist ein Antrag als Entscheidungsgrundlage zu wenig bestimmt, stellt sich für die Verwaltungsbehörde die Frage, ob die

---

16) ZAUGG, Art. 53, N. 10
17) Vgl. die Übersicht über Form und Inhalt der Baugesuche bei LEUTENEGGER, S. 117 ff, S. 121 ff
18) Vgl. zu den formellen Erfordernissen der Patentanmeldung und der Beschreibung der Erfindung: Art. 49 und 50 Patentgesetz, SR 232.14, expliziert bei BLUM/PEDRAZZINI, Kommentar (Bd. III) zu Art. 49, Anm. 3, S. 23 ff
19) Vgl. Art. 2 ff, insbesondere Art. 5 der Vollziehungsverordnung II vom 28. Dezember 1962 zum Bundesgesetz über das Filmwesen, SR 443.12

Unbestimmtheit dem Antragsteller nach Maßgabe der einschlägigen Formvorschriften anzulasten ist. Bejahendenfalls hat die Verwaltungsbehörde die Eingabe grundsätzlich mit einem Nichteintretungsentscheid zu erledigen; praktisch wird sie, wenn möglich, auf die Stellung eines sachdienlichen Antrages hinwirken[20]. Unvollständige Baugesuche beispielsweise werden in der Regel zur Verbesserung an den Gesuchsteller zurückgewiesen[21].

Wo die Unbestimmtheit des Antrages dem Antragsteller nicht anzulasten ist, weil die einschlägigen Formvorschriften eine präzise Fassung nicht verlangen (wie im Sozialversicherungsrecht[22]), hat die Verwaltungsbehörde den Umfang des Verfügungsgegenstandes selber zu präzisieren und dem Antragsteller das und soviel zuzusprechen, was und wieviel ihm aufgrund der materiellen Rechtssätze zukommt.

Im Falle der Ablehnung genügt, wo der Antrag bestimmt ist, im Dispositiv die Feststellung, der Antrag sei abgelehnt. In derartigen Fällen wird das Abgelehnte schon durch den Antrag definiert.

> Verlangt der Antragsteller einen bezifferten Geldbetrag oder eine Anzahl Einheiten einer bestimmten Gattung (z.B. die Einräumung eines Einfuhrkontingents für eine bestimmte Menge einer bestimmten Ware), so genügt im Dispositiv die Feststellung, der Antrag sei abgelehnt. Der Antrag ist in solchen Fällen präzis formuliert, weshalb er als Grundlage des Dispositivs, d.h. der Ablehnung ausreicht.
>
> Will die Verwaltungsbehörde nur einen Teil des Beantragten zusprechen, so hat sie das Zugesprochene zu beziffern. Das Weitere gilt als abgelehnt.

---

20) Vgl. GRUNSKY, S. 41
21) Art. 17 des Dekrets vom 10. Februar 1970 des Kantons Bern über das Baubewilligungsverfahren; im übrigen die Zusammenstellung der einschlägigen kantonalen Bestimmungen bei LEUTENEGGER, S. 154 f
22) Vgl. 2 hievor, S. 126

> Bestimmt sind, wie oben schon ausgeführt[23], Baubewilligungsgesuche, Anmeldungen eines Rechts zur Eintragung ins Grundbuch, Gesuche um Eintragung einer Firma ins Handelsregister, usw. Solche Gesuche können daher ohne weiteres unter Bezugnahme auf den durch den Gesuchsteller umschriebenen und belegten Inhalt bewilligt bzw. verweigert werden.

Bei unbestimmten Anträgen hingegen muß in das Diapositiv eine zureichende den Antrag ergänzende Umschreibung der abgelehnten Begünstigung aufgenommen werden. Nur so kann die Ablehnung ihre Klarstellungsfunktion[24] erfüllen.

> Meldet sich ein Antragsteller z.B. bei der Invalidenversicherung an, so ist ihm im Ablehnungsfall durch Verfügung z.B. mitzuteilen, daß ihm keine Leistungen aus der Invalidenversicherung oder keine Rente[25], keine Eingliederungsmaßnahmen[26] oder keine Hilflosenentschädigung[27] zuständen[28]. Die Art der abgelehnten Leistungen muß im Dispositiv und im Antrag zusammen festgestellt sein, wenn die Ablehnung eine Regelung durch Verfügung sein will.

Der Grad der Spezifizierung, die für die Bezeichnung der abgelehnten Begünstigung erforderlich ist, kann von Fall zu Fall verschieden sein. Welcher Spezifikationsgrad zu wählen ist, kommt auf die Tragweite an, die die Behörde der Ablehnung zweckmäßigerweise geben will.

> Stellt sich z.B. ein im Antrag beschriebenes Ereignis nicht als Unfall im Rechtssinne dar, so entscheidet die Behörde, dem Betroffenen ständen aufgrund des obligatorischen Unfallversicherungsrechts hinsichtlich des festgestellten Sachverhalts keine Versicherungsleistungen zu. Der Entscheid enthält der-

---

23) Vgl. 2.2. hievor, S. 127
24) Vgl. zu diesem Begriff KRAUSE, S. 140 ff, insb. S. 145
25) Art. 28 ff IVG
26) Vgl. Art. 8 IVG, wo der grundsätzliche Anspruch auf Eingliederungsmaßnahmen geregelt ist
27) Art. 42 ff IVG
28) Vgl. auch Art. 72 KUVG, wo die einzelnen Arten der Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung aufgezählt sind

art eine umfassende Ablehnung, die alle Arten von Unfallversicherungsleistungen (Krankenpflegeleistungen, Invalidenrenten, Abfindung[29]) in sich einschließt.

Das Ereignis muß in einem anderen Fall z.B. als Unfall bezeichnet werden, doch sind etwa die spezifischeren Voraussetzungen einer Krankenpflegeleistung nicht erfüllt. Insofern hat sich die Ablehnung allein auf Krankenpflegeleistungen zu beziehen, wenn diese zum Gegenstand einer Verfügung gemacht werden müssen.

Im Invalidenversicherungsrecht sind verschiedenartige Eingliederungsmaßnahmen vorgesehen (medizinische, berufliche, Sonderschulung, usw.[30]) Zunächst ist zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Gewährung von Eingliederungsmaßnahmen an sich bestehen. Verneinendenfalls werden Eingliederungsmaßnahmen als solche abgelehnt. Näher spezifiziert ist eine Ablehnung, die die Voraussetzungen für Eingliederungsmaßnahmen zwar (ev. implicite) bejaht, solche einer besonderen Art, z.B. Sonderschulung, hingegen verneint.

Vielfach werden z.B. nicht "medizinische Eingliederungsmaßnahmen" verlangt, sondern die Übernahme der ev. bezifferten Kosten für eine konkret bezeichnete, möglicherweise schon durchgeführte[31]) Eingliederungsmaßnahme[32]). Derartige, auf eine konkrete Maßnahme bezogene Ablehnungen sind entsprechend zu fassen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß eine Ablehnung die verweigerte Begünstigung entweder ihrer Art nach in mehr oder weniger hohem Spezifikationsgrad oder konkret (z.B. Ablehnung der Übernahme der Kosten für eine konkrete Operation) bezeichnen muß. Die "Art" einer Begünstigung definiert sich nach Maßgabe der einschlägigen materiellrechtlichen Bestimmungen (die "Eingliederungsmaßnahmen", die "Invalidenrente", usw. sind im Gesetz definiert). Die Umschreibung der Ablehnung hat im Dispositiv ergänzend zum Antrag zu erfolgen. Wo der Antrag schon bestimmt ist, kann eine nähere Umschreibung dessen, was abgelehnt wird, natürlich unterbleiben.

---

29) Art. 82 KUVG
30) Vgl. Art. 8 IVG
31) Das ist gemäß Art. 78 IVV, Fassung vom 15. Januar 1968, unter Umständen möglich
32) Vgl. EVG 1963, S. 216 ff: Ablehnung, die Kosten einer schon durchgeführten Operation zu übernehmen

Bei zusprechenden Verfügungen ist das Zugesprochene konkret und exakt zu bestimmen, wenn nicht schon der gutgeheißene (bestimmte) Antrag zureichend Auskunft über das Zugesprochene erteilt. Im Unterschied hiezu genügt bei Ablehnungen häufig die Bezeichnung der Art der abgelehnten Begünstigung, soweit die Klarstellungsfunktion der Ablehnung nicht eine konkrete Umschreibung erfordert[33].

4. Folgerung

Aus dem Umstand, daß der Antrag im Verwaltungsverfahren vielfach nicht bestimmt gefaßt ist und demzufolge das Dispositiv ergänzt werden muß, ergibt sich die Folgerung, daß für die Feststellung der Identität von Verfügungsgegenständen der formale Vergleich des beschiedenen mit dem neu gestellten Antrag nicht in allen Fällen aussagekräftig ist. Daher führt die Frage, was erstmals beantragt worden sei, in vielen Fällen nicht zum Ziel. Vielmehr muß gefragt werden, was im ersten Entscheid abgelehnt worden ist. Ausgangspunkt für den Vergleich bildet immer der Antrag, wie er abgelehnt worden ist, welchen Inhalt ihm die Behörde nach Maßgabe des Dispositivs zugeschrieben hat. Hiefür wird im folgenden die Kurzformel "abgelehnter Antrag" oder "Ablehnung" verwendet.

III. DER GRAD DER IDENTIFIZIERUNG DES VERFÜGUNGSGEGENSTANDES DURCH DEN ABGELEHNTEN ANTRAG

1. Der Verfügungsgegenstand eines ablehnenden Verwaltungsaktes setzt sich zusammen aus dem abgelehnten Antrag und dem Sachverhalt. Diese beiden Elemente des Verfügungsgegenstandes können ihn je in verschiedenem Grade bestimmen.

---

33) Vgl. die allgemeinen Ausführungen über das Verhältnis eines neuen Antrages zur erfolgten umfassenden oder konkreten Ablehnung, V, 2 hienach, S. 133 f

Der Antrag auf eine Geldleistung vermag z.B. sehr wenig über die Identität des Verfügungsgegenstandes auszusagen, da jeder derartige Antrag aufgrund einer Unzahl von Sachverhalten gestellt werden kann. Primäres Identifikationsmerkmal bildet bei solchen Verfügungsgegenständen daher nicht der Antrag, sondern der Sachverhalt.

Im Verwaltungsverfahren wird der Antrag jedoch selten einzig durch die Bezifferung einer Geldsumme erfaßt, selbst dort, wo es letztlich um eine Geldleistung geht. Freilich mag der Versicherte, der z.B. Anspruch auf eine konkrete medizinische Eingliederungsmaßnahme erhebt, seinen Antrag entsprechend der Arztrechnung geldmäßig beziffern; Inhalt des Antrages ist dennoch die konkrete Eingliederungsmaßnahme. Die Versicherung schuldet dem Versicherten primär die Eingliederungsmaßnahme und nicht die Kosten hiefür.

> Daraus läßt sich erklären, daß die Zahlung der Kosten für eine Eingliederungsmaßnahme in der Regel an die Person oder Stelle geht, welche die Eingliederung oder Abklärungsmaßnahme erbracht hat[34].

Wenn es um die öffentliche Unterstützung eines Werkes geht, werden Subventionen als zweckbedingte Geldleistungen beantragt; die Zweckgebundenheit der Geldleistung ist Bestandteil des Antrages. Im Verfügungsverfahren der Sozialversicherung steht nicht einfach eine Rente zur Diskussion, sondern eine Invalidenrente gemäß Art. 28 ff IVG oder gemäß Art. 76 ff KUVG, eine Altersrente gemäß Art. 21 AHVG, eine Witwenrente gemäß Art. 23 AHVG, eine Waisenrente gemäß Art. 25 AHVG, usw.

Je spezifischer der Antrag, wie er gestellt oder durch die Behörde interpretiert und eingegrenzt wurde, gefaßt ist, desto mehr trägt er bzw. das Dispositiv dazu bei, den Gegenstand der Verfügung zu bestimmen.

2. Der Beitrag des abgelehnten Antrages zur Identifikation des Verfügungsgegenstandes kann sogar soweit gehen, daß wei-

---

34) Art. 78 Abs. 5 IVV

tere Elemente daneben unmaßgeblich sind. Der Antrag ist in diesen Fällen derart spezifiziert, daß der entscheidungserhebliche Sachverhalt durch ihn ebenfalls identifiziert ist. Insoweit kann von einer durch den Antrag individualisierten Ablehnung (kurz. individualisierte Ablehnung) gesprochen werden[35]. Individualisierte Ablehnungen sind eher selten. Beispiele können etwa dem Registerrecht entnommen werden:

a) Das Eidg. Amt für geistiges Eigentum hat die Eintragung einer Marke z.B. zu verweigern, wenn sie gegen bundesrechtliche Vorschriften oder gegen die guten Sitten verstößt[36]. Derart begründete Ablehnungen der Eintragung sind individualisiert, da sich der Ablehnungsgrund im Antragsinhalt (die als Marke gewünschte Wortprägung ist wesentlicher Bestandteil des Antrages) konkretisiert[37]. Sachverhaltselemente außerhalb der Antragsumschreibung sind im übrigen unmaßgeblich. - Als Gegenbeispiel kann die Verweigerung einer Invalidenrente wegen Fehlens des vorausge-

---

35) Im Zivilprozeß heißen die Begehren, die den Streitgegenstand unabhängig vom Sachverhalt (Unmaßgeblichkeit des Sachverhalts) zu bestimmen vermögen, individualisierte Rechtsbehauptungen; vgl. KUMMER, Klagerecht, S. 72 ff

36) Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 des Markenschutzgesetzes vom 26. September 1890, SR 232.11

37) Es stellt sich allerdings die Frage, ob die "guten Sitten" Bestandteil des Sachverhalts oder des normativen Bereichs darstellen. Sind sie unter dem Gesichtspunkt der Rechtssätze Bestandteil des Sachverhalts, ist die Ablehnung der Eintragung einer Marke, weil diese gegen die "guten Sitten" verstoße, nicht individualisiert. Die "guten Sitten" können sich im Laufe der Zeit als solche wesentlich verändern und derselbe Antrag könnte neu gestellt werden. - Werden indes die "guten Sitten" gleich wie die Rechtssätze dem normativen Bereich zugeordnet, ist die Ablehnung des Markeneintrages (Ablehnung wegen Verstoßes gegen die "guten Sitten") individualisiert. Verändern sich die "guten Sitten" später, bedeutet das die Veränderung der Norm, analog der Abänderung eines Rechtssatzes, und hat auf die Identität des Verfügungsgegenstandes keinen Einfluß (keine Veränderung des Verfügungsgegenstandes). Derselbe Verfügungsgegenstand kann unter Umständen nach Maßgabe der veränderten Normen einem neuen Entscheid zugeführt werden; vgl. § 11 II und III. - Im Resultat spielt es daher keine Rolle, ob die "guten Sitten" Bestandteil des Sachverhalts oder des Normbereichs sind.

setzten Invaliditätsgrades angeführt werden. Der Antrag auf eine Invalidenrente liefert für sich allein noch keinerlei Anhaltspunkte über seine Begründetheit; hiefür muß festgestellt werden, ob der Antragsteller invalid sei; die tatsächliche Invalidität gehört zum Sachverhalt.

Die Eintragung ins Markenregister wird z.B. auch verweigert, wenn ausländische Unternehmen den Markenschutz beanspruchen, die sich in einem Staat befinden, welcher der Schweiz hinsichtlich des Markenschutzes kein Gegenrecht hält[38]). Eine derartige Ablehnung ist nicht individualisiert, da sich der Ablehnungsgrund nicht im Antrag konkretisiert, sondern in vom Antrag unabhängigen Umständen des Sachverhalts. Der betreffende Staat kann später z.B. Gegenrecht einräumen, so daß derselbe Antrag neu gestellt werden kann[39]). Anträge, die individualisiert sind, können indessen bei gleichbleibender Rechtslage nicht mehr gestellt werden. Ein neuer Antrag müßte im wesentlichen inhaltlich abgeändert sein, damit Verschiedenheit der Verfügungsgegenstände bestände.

b) Die Eintragung eines Rechts ins Grundbuch kann verweigert werden, weil z.B. der Rechtsgrund nicht formgerecht erstellt ist, z.B. nicht öffentlich beurkundeter Grundstückkauf. Eine entsprechende Ablehnung ist nicht individualisiert. Die Anmeldung kann erneuert werden, wenn dem Formerfordernis mittlerweile nachgekommen worden ist[40]).

Der Ablehnungsgrund kann auch darin liegen, daß das Recht, das zur Eintragung angemeldet worden ist, als solches nicht eintragungsfähig ist[41]). Diesfalls ist die Anmeldung bzw. die Ablehnung individualisiert.

Der Sinn, individualisierte Ablehnungen als solche herauszustellen, liegt darin, die Frage nach der Identität des Verfügungsgegenstandes von vorneherein auf die maßgeblichen Gesichtspunkte zu lenken. Ist eine Ablehnung individualisiert, so sind anläßlich eines neuen Antrages geltend gemachte Veränderungen im Sachverhalt von vorneherein unmaßgeblich. Der Verfügungsgegenstand ist nach wie vor derselbe[42]).

---

38) Art. 7 Abs. 1 Ziff. 7 des Markenschutzgesetzes
39) Vgl. § 10 II, 3.32, S. 184
40) Vgl. § 10 II, 3.32, S. 184
41) Vgl. BGE 71 I 420 ff
42) Vgl. BGE 71 I 420 ff, der später besprochen wird und in dem das Bundesgericht verkannt hat, daß eine individualisierte Ablehnung zur Diskussion steht, was m.E. zu einem Fehlentscheid führte

IV DIE INHALTLICHE IDENTITÄT DES NEUGESTELLTEN ANTRAGES MIT DEM ABGELEHNTEN

1. Grundsatz

Ob über einen Antrag schon in einem früheren Verwaltungsverfahren entschieden worden ist, läßt sich zunächst danach beurteilen, ob der neugestellte Antrag gleich wie der abgelehnte lautet. Lauten die zu vergleichenden Anträge gleich, muß zur Beurteilung der Identität des Verfügungsgegenstandes noch dessen weiteres Element, der Sachverhalt, herangezogen werden. Ausgenommen sind davon die allein durch den Antrag individualisierten Verfügungsgegenstände[43]. Lauten die Anträge hingegen im wesentlichen[44] verschieden. Liegt keine Antragsidentität und somit auch keine Identität des Verfügungsgegenstandes vor. Einem Entscheid über den neugestellten Antrag steht das 'ne bis in idem' nicht entgegen.

2. Äußerlich gleichlautende Anträge

Beim Vergleich der Anträge muß primär auf deren Wortlaut abgestellt werden. Das setzt allerdings voraus, daß sowohl der abgelehnte (häufig unter Einbezug des Ablehnungsdispositivs[45] wie auch der neugestellte Antrag genügend bestimmt sind. Die Behörde hat daher allenfalls ein neugestelltes Begehren zunächst zu interpretieren und erst dann mit dem abgelehnten zu vergleichen[46].

Wenn die Anträge äußerlich gleichlauten, sind sie identisch. Verlangt der Antragsteller z.B. dieselbe Geldleistung, wie sie schon abgelehnt worden ist, ist sein Antrag mit der Ablehnung identisch[47].

---

43) Vgl. III hievor, S. 132
44) Vgl. dazu 3.1 hienach, S. 137 f
45) Vgl. II, 4 hievor, S. 132
46) Gemeint ist nur das Begehren im engeren Sinn, ohne allfällige Sachverhaltsdarstellung und Begründung
47) Wie es sich verhält, wenn er weniger als erstmals verlangt, wird später ausgeführt, V hienach, S. 145

Das gilt für alle Anträge, beispielsweise auch für Baugesuche. Ein Baugesuch, dem exakt dieselbe Standortsbezeichnung, dieselben Planunterlagen, usw. zugrundeliegen, wie das hinsichtlich des abgelehnten der Fall war, ist mit diesem identisch.

3. Äußerlich verschieden lautende Anträge

3.1 Daß einerseits äußerlich gleichlautende Anträge immer identisch sind, heißt noch nicht, daß sich andererseits verschieden formulierte Begehren stets maßgeblich voneinander unterscheiden. Wollte man allein auf die Verschiedenheit der Formulierung abstellen, bestände die Gefahr, daß der Gesuchsteller geringfügige, unter dem Gesichtspunkt der einschlägigen materiellen Bestimmungen unwesentliche Änderungen vornimmt und so im Grunde genommen das Abgelehnte erneut zur Entscheidung bringen könnte. Diese Umgehungsmöglichkeit würde sich insbesondere bei komplizierten Anträgen bieten, die sich aus Hauptpunkten und einer Anzahl weniger ins Gewicht fallenden Nebenpunkten zusammensetzen. Die Abänderung eines Nebenpunktes, der für die erste Ablehnung gar nicht ausschlaggebend war, würde die Identität aufheben. Daher kann schwerlich allein auf die Verschiedenheit der äußeren Formulierung des Antrages abgestellt werden.

a) Wird die Bewilligung zur Führung eines Gastwirtschaftsbetriebes mit 250 Sitzplätzen verweigert, weil das Bedürfnis hiefür fehle, so kann der Gesuchsteller nach erfolgter Ablehnung nicht ein neues Gesuch einem Sachentscheid zuführen, das sich vom abgelehnten einzig dadurch unterscheidet, daß nunmehr ein Betrieb mit 240 Sitzplätzen geplant ist. Über die Bedürfnisfrage ist endgültig in verneinendem Sinn eine Regelung getroffen worden, die durch eine geringfügige und nicht entscheidungserhebliche Änderung des Gesuches nicht umgangen werden darf. Das Bedürfnis für ein Lokal mit 240 Sitzplätzen beurteilt sich augenscheinlich nicht anders, als dasjenige für eine Wirtschaft mit 250 Sitzgelegenheiten.

b) Dem Sachverhalt eines Bundesgerichtsentscheides[48] ist folgendes zu entnehmen: Der Gesuchsteller stellte

48) BGE 100 Ib 368 ff

des Gesuch um Erteilung eines Kinos mit 600 Sitzplätzen für die Vorführung von Schmalfilmen. Offenbar - das geht aus der Sachverhaltsdarstellung nicht ausdrücklich hervor - wollte der Kinounternehmer die Vorführrechte jeweils auf bestimmte Monate oder Jahreszeiten beschränken. Das Gesuch wurde abgelehnt. Später stellte der Gesuchsteller erneut einen Antrag, mit dem er um die Erteilung desselben Kinos, im gleichen Saal, mit derselben Anzahl Sitzplätze und ausgerüstet für die öffentliche Vorführung von Schmalfilmen ersuchte. Der Gesuchsteller wollte jedoch nun Dokumentarfilme während des ganzen Jahres entsprechend den touristischen und kulturellen Bedürfnissen des Ortes vorstellen. Äußerlich unterscheidet sich der neue Antrag vom abgelehnten durch das letztangeführte Moment, was der Gesuchsteller auch geltend macht. Doch wäre das Problem damit kaum befriedigend gelöst, da es bei der Beantwortung der Identitätsfrage nicht allein auf Nebensächlichkeiten ankommen darf.

3) Ein aufschlußreiches Beispiel gibt der Sachverhalt, der einem weiteren Urteil des Bundesgerichtes[49] zugrundelag. Der Grundbuchführer verweigerte die Eintragung eines vertraglich begründeten Rechts (Vorkaufsbeschränkung), da dieses nicht mit dinglicher Wirkung ausgestattet werden könne. Später reichte die verfügungsberechtigte Vertragspartei dem Grundbuchführer einen neuen Vertrag für die Anmeldung zur Grundbucheintragung ein, der gegenüber dem ersten Vertrag bestimmte Verschiedenheiten aufwies. So wurde das Datum neu festgelegt und der Vertragsinhalt zum Teil anders gefaßt. Das fragliche Veräußerungsrecht behielt jedoch seinen Wortlaut und Inhalt bei. Der Grundbuchführer trat auf die zweite Anmeldung nicht ein (Nichteintretensentscheid). Das Bundesgericht führt hiezu aus:

"Wird nämlich die zweite Anmeldung auf Grund anderer Belege verlangt, dann ist sie nicht mit der ersten identisch, auch wenn sie inhaltlich noch so große Ähnlichkeit mit dieser aufweist. Im vorliegenden Fall liegt ein neuer Vertrag vor, was sich schon daraus ergibt, daß er ein anderes Datum trägt; auch ist der Text abgeändert. Schließen der Eintragung auf Grund dieses neuen Beleges die nämlichen Gründe entgegen, wie der ersten Anmeldung, so kann das nur zur Abweisung der Anmeldung, nicht aber zum Nichteintreten auf dieselbe führen."

Die bundesgerichtlichen Ausführungen gehen davon aus, daß eine Identität des entscheidenden Punktes, nämlich des (unveränderten) Veräußerungsrechtes, trotz wesentlicher Veränderung der Anmeldung die Identität des Verfügungsgegenstandes aufzuheben vermöge. Diese

---

49) BGE 71 I 420

Lösung ist nicht sinnvoll, da sie einer Umgehung der res-iudicata Wirkung Tür und Tor öffnet. In Frage steht nämlich eine individualisierte Ablehnung[50]. Die Veränderung des Vertragstextes stellt eine Sachverhaltsveränderung dar und nicht eine Veränderung des Rechts, um dessen Eintragung nachgesucht worden ist. Die Anmeldung wurde abgewiesen, weil das Recht als solches nicht eintragbar ist. Eingetragen wird ja nicht der Vertrag, sondern das durch diesen begründete Recht. Dieses blieb unverändert.

Die drei angeführten Beispiele sollen zeigen, daß die Antragsidentität nicht allein aufgrund der äußeren Formulierung der Anträge befriedigend beurteilt werden kann. Im letzten Beispiel handelt es sich zudem gar nicht um eine Veränderung des Antragsinhaltes.

3.2 Da also die Antragsidentität zweckmäßig nicht allein aufgrund der äußeren Formulierung der Anträge beurteilt werden kann, drängt sich eine andere Lösung des Problems auf. Als Lösungsvariante kann in Betracht gezogen werden, daß der Gesuchsteller, um die Antragsidentität aufzuheben, seinen Antrag soweit abändern muß, als ihm die für die erste Ablehnung maßgebenden Bestimmungen des materiellen Verwaltungsrechts nicht mehr entgegenstehen. Wie weit der Antrag abzuändern ist, bestimmt sich somit nach den einschlägigen Normen des materiellen Rechts und nicht nach Maßgabe der äußerlichen Formulierung des Antrages. Diese Lösung scheint ZAUGG[51] für Baugesuche vorzuschlagen: Die Neueinreichung eines Gesuches für ein abgewiesenes Bauvorhaben ohne Änderung der für die erfolgte Abweisung maßgebenden Tatsachen sei wohl nicht zulässig.

Diese zweite Lösungsvariante befriedigt nicht, soweit die Zulässigkeit des zweiten Antrages (Identitätsfrage) unabhängig von den ehemals zur Ablehnung führenden Motiven aufgrund des materiellen Rechts frei geprüft werden könnte. Wenn ausschließlich Kriterien des materiellen Rechts den Ausschlag geben

50) Vgl. III hievor, S. 132 f
51) ZAUGG, Art. 53, N. 14

sollen, ob Antragsidentität vorliege oder nicht, setzt das voraus, daß die Begründetheit des neugestellten Antrages aufgrund des materiellen Rechts abgeklärt wird. Die Frage, ob über einen Antrag schon entschieden sei, ist aber verfahrensrechtlicher Natur[52]. Würde sie derart mit dem materiellen Recht, wie eben dargestellt, identifiziert, büßte sie ihren verfahrensrechtlichen Charakter ein. Es ginge dann allein darum, ob dem neuen Antrag unter dem Gesichtspunkt des materiellen Rechts entsprochen werden könne. Bejahendenfalls wäre er mit dem abgelehnten nicht identisch, verneinendenfalls bestände Identität. Damit erweist sich, daß die Frage nach der Antragsidentität gar nicht gestellt werden müßte, da es ja allein auf die materielle Begründetheit des zweiten Antrages ankäme. Die (verfahrensrechtliche) Sperrwirkung des 'ne bis in idem' wäre verdrängt. Das ist besonders dort augenfällig, wo das materielle Recht selbst nur unklare Kriterien liefert, wo unbestimmte Gesetzesbegriffe oder Ermessensgrundsätze in Frage stehen. Unter dem Gesichtspunkt der Antragsidentität stellen sich so exakt dieselben Auslegungsprobleme hinsichtlich des materiellen Rechts wie unter dem Gesichtspunkt der erstmaligen Ablehnung. Das folgende Beispiel soll das erläutern:

> Das Amt für geistiges Eigentum verweigert z.B. die Eintragung der Marke "Sibelle" für Bekleidungsartikel, insbesondere für Hemden[53], weil dieses Zeichen in phonetischer und visueller Hinsicht eine als Beschaffenheitsangabe empfundene (Assoziation mit "si belle") und dem zufolge des Markenschutzes nicht teilhaftige Bezeichnung darstellt[54]; sie gehört daher dem Gemeingut an. Nun stellt der Antragsteller einen erneuten Antrag, der das Begehren enthält, das Zeichen "Sibel" (ohne "le" am Schluß) als Marke einzutragen. Äußerlich unterscheidet sich der neue Antrag vom abgelehnten in der Schreibweise der Marke. Allein deswegen die Identität zu verneinen, wäre kaum sachgerecht, da einzig daraus nicht gefolgert werden kann, daß hinsichtlich "Sibel" andere juristische Argumente eingreifen als das mit Bezug auf "Sibelle" der Fall ist. Nach der materiellrechtlichen Methode müßte nun aber entschieden werden, ob "Sibel" eine als dem Gemeingut angehörende Beschaffenheitsangabe darstelle.

---

52) Vgl. § 3 II, 4, S. 70 f
53) Sachverhalt, hier variiert, aus BGE 100 Ib 250 ff
54) Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 des Markenschutzgesetzes

Die Behörde wäre dabei nicht an die Argumentation gebunden, die der erfolgten Ablehnung der Eintragung von "Sibelle" zugrunde lag, da für die Identität allein materiellrechtliche Kriterien den Ausschlag gäben. Es könnte im Rahmen des zweiten Antrages z.B. nicht nur die Frage aufgeworfen werden, ob "Sibel" dieselbe Assoziation wie "Sibelle" zu "si belle" erwecke oder nicht, sondern auch, ob Wortzeichen, die im allgemeinen mit einer Beschaffenheitsangabe assoziiert werden, schon als Beschaffenheitsangabe im Sinne des Markenschutzgesetzes vom Markenschutz auszuschließen seien. Wäre "Sibel" aufgrund der nunmehrigen Argumentation zuzulassen, hieße das zugleich die Identität der Anträge verneinen. Der Antrag "Sibel" könnte also einem Sachentscheid zugeführt werden; ein solcher ist aber im Rahmen der Identitätsfrage schon getroffen worden. Daraus wird die nicht sinnvolle Verquickung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht ersichtlich. Das 'ne bis in idem' wäre in seiner Funktion untergraben.

Da die Antragsidentität weder nach rein formalen (äußerlichen) noch nach materiellrechtlichen Kriterien sachgerecht und praktikabel festzustellen ist, drängt sich eine vermittelnde Lösung auf. Es muß darauf abgestellt werden, ob der neue, in der Formulierung mehr oder weniger geringfügig abgeänderte Antrag nach Maßgabe der Entscheidungsmotive der erstmaligen Ablehnung derart anders disponiert ist, daß angesichts dieses Unterschieds ein schützenswertes Interesse an einer weiteren Sachentscheidung mit allenfalls anderer Argumentation nicht von der Hand zu weisen ist. Das kann nur der Fall sein, wenn sich aufgrund einer summarischen Prüfung der Entscheidungsgründe nicht offensichtlich ergibt, daß bezüglich des zweiten Antrages exakt dieselben Argumente angeführt werden können, wobei die Stichhaltigkeit und Folgerichtigkeit der Argumente der erfolgten Ablehnung nicht zu überprüfen ist, sofern sich diese nicht als offensichtlich haltlos erweisen (Nichtigkeit der ersten Ablehnung[55]). Der zweite Antrag darf daher mit dem abgelehnten in entscheidungserheblichem Sinn nicht offensichtlich übereinstimmen. Besteht eine derartige Übereinstimmung, liegt Antragsidentität vor, obwohl der neugestellte Antrag äußer-

55) Vgl. § 5 II, S. 95

lich anders lautet; fehlt es an einer derartigen Übereinstimmung, sind die Anträge nicht identisch, obwohl nicht auszuschließen ist, daß der zweite Antrag vor dem materiellen Recht gleichermaßen wie der schon abgelehnte nicht standhält.

Das hier gewählte Kriterium der entscheidungserheblich offensichtlichen Übereinstimmung der Anträge hat den Nachteil, daß es etwas vage bestimmt ist. Doch daran leidet unter Umständen in selbem Maße auch das "schutzwürdige Interesse" an der beantragten Verfügung, das bei auf Antrag ergehenden Verfügungen als Verfahrensvoraussetzung dem Antragsteller eigen sein muß[56]. Das Rechtsschutzinteresse kann nicht in eine klare, begriffliche Regel gefaßt werden[57]. Desgleichen ist man auch hinsichtlich der verwandten Frage (das Entschiedensein schließt das schutzwürdige Interesse an einem neuen Entscheid in derselben Sache aus) nach der Identität des Verfügungsgegenstandes auf die juristische Auslegung im Einzelfall angewiesen.

Anhand der oben[58] angeführten Beispiele (a, b, c und Beispiel "Sibelle") sieht das etwa folgendermaßen aus:

a) Im Falle des nichtbewilligten Gastwirtschaftsbetriebes mit 250 Sitzplätzen besteht in entscheidungserheblichem Sinn offensichtlich Übereinstimmung zwischen der erfolgten Ablehnung und dem neuen Gesuch um die Erteilung einer Bewilligung für einen Betrieb mit 240 Sitzplätzen. Auf die 10 Sitzplätze, die die beiden Gesuche voneinander unterscheiden, kommt es unter dem Gesichtspunkt des Bedürfnisses offensichtlich nicht an. Das bedeutet Identität der Anträge.
Fraglich bleibt, wo die Grenze zu ziehen ist. Wäre ein neuer Antrag auf 120 Sitzplätze gleichfalls mit dem abgelehnten identisch? Diese Frage läßt sich nur anhand der Ablehnungsmotive beantworten. Wurde das Bedürfnis für einen neuen Gastwirtschaftsbetrieb als solchen, unabhängig von seiner räumlichen Kapazität, verneint, besteht ebenfalls Antragsidentität.

---

56) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 27
57) KUMMER, Klagerecht, S. 33
58) Vgl. 3.1 S. 137 und 3.2 hievor S. 139

b) Im Beispiel des Kinos, um dessen Betriebsbewilligung zunächst für bestimmte Zeiten im Jahr nachgesucht worden ist, später - nach erfolgter Abweisung des Gesuches - für das ganze Jahr, beantwortet das Bundesgericht[59] die Frage nach der Identität zutreffend folgendermaßen:
"Or, comme l'ont relevé aussi bien le Département que le Conseil d'Etat dans leurs décisions respectives, l'autorisation d'ouvrir un cinéma ne comporte pas de limitations quant aux dates de projection et au nombre de représentations. C'est donc sans arbitraire que les autorités en cause pouvaient admettre qu'elles étaient en présence, non pas d'une demande différente des précédentes, mais bien d'une demande de nouvel examen concernant le même objet: ...".
Auf das vom Gesuchsteller geltend gemachte äußerliche Unterscheidungskriterium kommt es danach unter entscheidungserheblichem Gesichtspunkt offensichtlich nicht an. Mithin besteht Antragsidentität.

c) Desgleichen stimmt die erstmalige Anmeldung zur Eintragung der Veräußerungsbeschränkung ins Grundbuch mit der erneuten Anmeldung offensichtlich überein. Die verschieden formulierten Stellen in den den Anmeldungen zugrunde liegenden Verträgen vermögen die inhaltliche Identität des Antrages und somit auch des Verfügungsgegenstandes (individualisierte Ablehnung) nicht aufzuheben. Offensichtlich steht beide Male zur Diskussion, ob dasselbe Veräußerungsrecht mit dinglicher Wirkung ausgestattet werden könne. Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid[60] hat diesen entscheidenden Gesichtspunkt außer Acht gelassen. Das Grundbuchamt durfte die zweite Anmeldung mit Nichteintretensentscheid erledigen.

d) Im Beispiel "Sibelle" wurde der Antrag, diesen Ausdruck als Marke einzutragen, abgelehnt, da er mit der Beschaffenheitsangabe "si belle" assoziiert werde. Ob eine derartige Assoziation hinsichtlich "Sibel" (ohne "le" am Schluß) auch anzunehmen sei, bleibt auf den ersten Blick fraglich, da sich "Sibel" von "si belle" zumindest visuell stärker unterscheidet, als "Sibelle". "Sibel" gleicht allerdings dem weniger häufigen Ausdruck "si bel" (un si bel habit). Die Frage, ob sich "Sibelle" und "Sibel" als Antragsinhalte voneinander im wesentlichen unterscheiden, kann nicht eindeutig beantwortet werden. Es handelt sich um einen Grenzfall, weshalb er hier zur Veranschaulichung angeführt wird. Eine offensichtliche Übereinstimmung der Anträge im entscheidungserheblichen Sinn besteht wohl nicht. Daher wäre die Antragsidentität m.E. zu ver-

59) BGE 100 Ib 373
60) BGE 71 I 420

neinen. Daß auch "Sibel" möglicherweise des Markenschutzes nicht fähig ist, ändert nichts an der Verschiedenheit der Anträge[61].

Die Verneinung der Antragsidentität hat zur Folge, daß die Behörde hinsichtlich von "Sibel" von Grund auf und unter Umständen in weitgehend anderer Argumentation einen neuen Sachentscheid zu fällen hat, der der befristeten Beschwerde unterliegt. Würde indessen Identität angenommen, wäre der Antrag mit einem Nichteintretensentscheid zu erledigen. Hiegegen könnte mit Beschwerde zunächst einzig geltend gemacht werden, die Verwaltungsbehörde sei zu Unrecht auf den neuen Antrag nicht eingetreten.

3.3 Ob ein neuer Antrag mit dem abgelehnten in entscheidungserheblichem Sinn offensichtlich übereinstimmt, kann nicht ohne Herbeiziehen der erstmaligen Ablehnungsgründe entschieden werden. Was eine entscheidungserhebliche Veränderung ist, darf nur anhand der erstmaligen Ablehnungsgründe festgestellt werden. Nach übereinstimmender Auffassung nehmen nun aber die Motive einer Entscheidung nicht an deren Rechtskraft teil; allein das Dispositiv wird rechtskräftig. Das schließt indes nicht aus, die Entscheidungsgründe für die Auslegung des Dispositivs herbeizuziehen, zumal bei den ablehnenden Verfügungen, wo meist erst die Motive zu erkennen geben, was entschieden worden ist[62].

V. BESONDERE FÄLLE

In den bisherigen Ausführungen[63] wurde festgehalten, daß ein erneuter Antrag mit dem abgelehnten identisch ist, wenn er mit ihm in entscheidungserheblichem Sinn offensichtlich übereinstimmt. Im Lichte dieses Grundsatzes soll im folgenden

61) Das Bundesgericht, BGB 100 Ib 250 ff, hat "Sibel" als des Markenschutzes nicht fähig erklärt; in diesem Entscheid ging es allein um diese Frage; die Antragsidentität stand nicht zur Diskussion.
62) KUMMER, klagerecht, S. 115, analog hinsichtlich der klageabweisenden Urteile; vgl. auch GRUNSKY, S. 437, FN. 68
63) Vgl. IV hievor, S. 136

auf einige Besonderheiten näher eingegangen werden. Es handelt sich dabei um die folgenden typischen Fälle:

1. Der neue Antrag ist im abgelehnten der Quantität nach enthalten
2. Der neue Antrag ist im abgelehnten der Art nach enthalten
3. Der neue Antrag auf ein Leistungsbegehren ist im abgelehnten positiven Feststellungsbegehren enthalten
4. Der neue Antrag ist im abgelehnten der Dauer nach enthalten (inwiefern kann allein der Zeitablauf die Antragsidentität, damit auch die Identität des Verfügungsgegenstandes, aufheben?)

1. Der neue Antrag ist im abgelehnten der Quantität nach enthalten

Verlangt der neue Antrag quantitativ weniger als der abgelehnte, so sind die beiden Anträge im juristischen Sinn identisch. Es gilt der Grundsatz, daß - immer unter Vorbehalt der Identität der übrigen Elemente der Rechtskraftgrenzen[64] - später nicht weniger beantragt werden kann, als früher beantragt und abgelehnt worden ist[65]. Dieser Grundsatz ist aber nur auf Anträge anwendbar, die homogene, quantifizierbare und daher teilbare Begünstigungen einzuräumen bezwecken; also nur auf beantragte Geldleistungen oder Leistungen, die eine Menge von Gattungssachen zum Inhalt haben.

> Die Verweigerung eines Einfuhrkontingentes[66] für bestimmte Erzeugnisse in seiner Gesamtheit umfaßt beispielsweise auch den Antrag auf ein weniger umfangreiches Kontingent, als er erstmals beantragt und abgelehnt worden ist.

Der Verwaltungsbehörde kann bei derart quantifizierbaren Anträgen zugemutet werden, dem Antragsteller selbständig eine

---

64) Vgl. § 8, S. 122
65) Vgl. KUMMER, Klagerecht, S. 67
66) Vgl. z.B. Art. 23 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 1951 über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Landwirtschaftsgesetz), SR 910.1

geringere Summe oder Anzahl zuzusprechen, als dieser verlangt hat, wenn ihm weniger zusteht. Das versteht sich von selbst und gilt auch im Prozeß:

> "Das Gericht ist an die Parteianträge insoweit gebunden, als es dem Kläger in seinem Urteil weder mehr noch anderes zusprechen darf, als dieser selbst verlangt hat, noch weniger, als der Beklagte anerkannt hat."[67]
> Es darf demzufolge jedoch weniger zusprechen, als der Kläger verlangt hat, soweit es nicht weniger ist, als der Beklagte anerkannt hat[68].

Da die Behörde gehalten ist, gegebenenfalls weniger zuzusprechen, als beantragt worden ist, bedeutet eine vollumfängliche Ablehnung implizit auch die Ablehnung eines beliebigen Teils des Beantragten.

Anträge, die nicht homogene und quantifizierbare Begünstigungen wollen, sind vollständig abzuweisen, auch wenn dem Antragsteller möglicherweise "weniger oder weniger Umfangreiches" zusteht, als er beantragt hat. Hier kann der Verwaltungsbehörde nicht übertragen werden, das "Wenigere" auszudifferenzieren und dem Antragsteller zuzusprechen. Zudem steht insofern nicht fest, ob der Antragsteller "weniger Umfangreiches", als er beantragt hat, überhaupt will, ob es in geringerem Rahmen überhaupt in seinem Interesse steht. Bei Geldleistungen kann das indessen ausnahmslos angenommen werden.

Daraus wird ersichtlich, daß das "weniger Umfangreiche" bei nicht quantifizierbaren Anträgen kein minus, sondern ein aliud darstellt.

> "Die Frage, wann ein aliud und wann ein minus vorliegt, ist allerdings oft nur schwer zu beantworten".[69]

Wenngleich der Verwaltungsbehörde hinsichtlich der Bestimmung des Verfügungsgegenstandes weitgehende Kompetenz zusteht, kann

---

67) GULDENER, S. 126
68) Vgl. GRUNSKY, S. 49
69) GRUNSKY, S. 49

sie nicht verpflichtet sein, dem Antragsteller jedes in Betracht fallende aliud zu bewilligen. Daraus folgt, daß einem neuen Antrag, der entscheidungserheblich offensichtlich "weniger Umfangreiches" verlangt, das sich wegen der fehlenden Quantifizierbarkeit des Antragsinhaltes als aliud darstellt, die erfolgte Ablehnung des "Unfangreicheren" nicht entgegengehalten werden kann. Das soll am Beispiel des Baugesuches verdeutlicht werden:

> Baugesuche erfordern eine möglichst genaue Umschreibung des Bauvorhabens mittels Situationsplänen, Projektplänen, usw.[70]. Ein Bauprojekt bildet funktionell ein Ganzes, das nicht in homogene Teile zerlegt werden kann. Daher ist das Baugesuch nicht teilbar. Entspricht ein Bauvorhaben unter einem bestimmten Gesichtspunkt nicht den baupolizeilichen Vorschriften, so wird es - wenn allfällige Verhandlungen über Projektänderungen nicht zum Ziele führen oder Bedingungen und Auflagen praktikabel nicht formuliert werden können - abgewiesen.
>
> Ein neues Baugesuch, dem Planunterlagen zugrundeliegen, die ein entscheidungserheblich offensichtlich weniger umfangreiches Bauvorhaben umschreiben (z.B. ein kleineres Projekt mit geringerer Ausnützungsziffer, weniger Stockwerken, usw.) ist mit dem abgelehnten nicht identisch, auch wenn es für dieselbe Parzelle eingereicht wird. Das weniger umfangreiche Bauvorhaben ist im abgelehnten umfangreicheren Projekt nicht enthalten. Wäre dem nicht so, müßte die Baubewilligungsbehörde verpflichtet sein, selbst das baupolizeilich gerade noch zulässige Projekt zu umschreiben und insofern das Baugesuch teilweise gutzuheißen (außer, wenn die Ausformulierung von Projektbeschränkungen, Auflagen und Bedingungen das Bauvorhaben in seiner grundlegenden Struktur nicht berührt und praktikabel ist). Das kann ihr jedoch nicht zugemutet werden. Möglicherweise hat der Gesuchsteller gar kein Interesse an einem anderen und demzufolge anders strukturierten Bau.
>
> Das Bundesgericht scheint nicht dieser Auffassung zu sein[71]: Ein Gesuchsteller wollte außerhalb des im generellen Kanalisationsbereich abgegrenzten Gebietes ein Wohnhaus bauen, um dort seinem Steckenpferd der Schafhaltung frönen zu können. Das Bundesgericht verneinte wie die Vorinstanzen das sachlich begründete Bedürf-

---

70) Vgl. II, 2.2 hievor, S. 127
71) BGE vom 8. Mai 1974 i.S. Schmid betreffend Gewässerschutz, nicht publ.

nis[72], ein Wohnhaus außerhalb des generellen Kanalisationsgebietes zu bauen, hielt jedoch ein solches Bedürfnis zur Erstellung einer bescheidenen Unterkunftsstätte als nachgewiesen. Es hieß deshalb die Beschwerde gut und wies die Baubewilligungsbehörde an, den noch zulässigen Umfang der Unterkunftsstätte zu bestimmen. Die Gutheißung ist eher - hinsichtlich der Prozeßkosten - wohlwollend als gerechtfertigt. Richtig wäre gewesen, die Beschwerde abzuweisen, d.h. die Baubewilligung für das geplante Wohnhaus zu verweigern. Eine derartige Verweigerung könnte dem Gesuchsteller nachträglich anläßlich eines neuen Baugesuches, das eine bescheidenere, vom sachlich begründeten Bedürfnis noch gedeckte Unterkunftsstätte vorbrächte, nicht entgegengehalten werden, da die Antragsidentität fehle. Die Baubewilligungsbehörde anzuweisen, den zulässigen Umfang einer kleineren Unterkunftstätte zu bestimmen, bevor noch gar nicht feststeht, ob der Gesuchsteller eine solche überhaupt bauen will, ist nicht sachgerecht. Daß allenfalls eine kleinere Baute zulässig sei, ist gewiß sinnvollerweise in den Motiven festzuhalten, darf sich aber im Dispositiv nicht auswirken. Entschieden wird nämlich einzig über das eingereichte Baugesuch, so wie es sich nach Maßgabe der Pläne und Daten darstellt, und nicht darüber, in welchem fundamental abgeänderten Rahmen es gerade noch bewilligt werden könne.

2. Der neue Antrag ist im abgelehnten der Art nach enthalten

Ablehnungen bezeichnen das Abgelehnte häufig, so etwa im Sozialversicherungsrecht, nicht abschließend definiert, sondern bloß der Art nach. Die Terminologie für die spezifizierte Ablehnung wird womöglich den Bestimmungen entnommen, nach deren Maßgabe der Antrag abgelehnt wird[73]. Es werden z.B. "Unfallversicherungsleistungen", "Krankenpflegeleistungen", eine "Invalidenrente" oder eine "Abfindung im Sinne von Art. 42 KUVG" abgelehnt Im systematischen Aufbau der Rechtssätze, die Leistungen vorsehen, ist häufig das Verhältnis der Spezia-

72) Vgl. Art. 20 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz), SR 814.20; Art. 27 der Allgemeinen Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972, SR 814.201

73) Vgl. § 9 II, 2.2, S. 127

lität zu erkennen: Eine generelle Bestimmung enthält die Voraussetzungen für einen umfassend spezifizierten Leistungsanspruch, z.B. für Invalidenversicherungsleistungen. Die speziellere Bestimmung spricht sich über die Voraussetzungen für die Gewährung eines näher spezifizierten Leistungsanspruches aus, z.B. für eine Invalidenrente, usw. Eine Begünstigungsart läßt sich daher entsprechend dem Aufbau der gesetzlichen Bestimmungen stufenweise näher spezifizieren. Die konkreter spezifizierte Begünstigung beruht auf allen gesetzlichen Voraussetzungen der umfassender spezifizierten Berechtigung und noch auf mindestens einer weiteren, spezielleren Bestimmung.

Besteht unter den Arten der Begünstigungen ein derartiges Verhältnis der Spezialität, kann die Regel formuliert werden, daß der neue Antrag mit der erfolgten Ablehnung identisch ist, wenn jener der Art nach in dieser enthalten ist, wenn also im neuen Antrag eine im Verhältnis zur abgelehnten Begünstigung speziellere Berechtigung verlangt wird. Die folgenden Beispiele sollen diese Regel erläutern:

a) Das Verhältnis der Spezialität besteht z.B. zwischen der sog. generellen Baubewilligung und der diese im einzelnen ausgestaltenden definitiven Baubewilligung. Die generelle Baubewilligung (wie sie als selbständige Verfügung z.B. im Baurecht des Kantons Bern vorgesehen ist[74]), hat die Einordnung des Bauwerkes in die Umgebung (Einordnung insbesondere hinsichtlich seiner Dimensionen und - z.B. unter dem Gesichtspunkt der zweckbedingten Standortgebundenheit[75]) als Bewilligungsvoraussetzung außerhalb der Bauzone - auch hinsichtlich seiner Zweckbestimmung) und seiner Erschließung zum Gegenstand[76]). Ist das Gesuch um eine

74) Vgl. § 2 III, 3.4, S. 47
75) Vgl. Art. 20 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung i.V. mit Art. 27 der Allgemeinen Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972, SR 814.20 bzw. SR 814.201
76) Vgl. ZAUGG, Kommentar, Art. 53, N. 4

generelle Baubewilligung abgelehnt worden, so kann ein das generelle konkretisierendes Baugesuch infolge Identität nicht mehr gestellt werden. Die generellen Voraussetzungen der konkreten Baubewilligung sind schon im Rahmen des generellen Baubewilligungsverfahrens verneint worden.

Die Regel, wonach das konkretisierte Baugesuch im entsprechend generellen enthalten ist, diese Baugesuche also identisch sind, hat natürlich nur unter der Voraussetzung rechtlichen Aussagewert, daß dem Vorbescheid - dem Bescheid auf das generelle Gesuch - Verfügungscharakter eigen ist, d.h. daß er ein verbindlicher (rechtskräftiger) Entscheid darstellt, der in Verfügungskompetenz erlassen wird. Der Vorbescheid ist nicht in allen Kantonen ein Verwaltungsakt[77].

b) Für alle Arten der gesetzlich vorgesehenen Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung (Krankenpflege und Krankengeld, Invalidenrente, Bestattungsentschädigung und Hinterlassenenrenten[78]) gelten die allgemeinen Voraussetzungen, daß die geschädigte Person versichert ist und ein versichertes Ereignis (Unfall im Rechtssinne) vorliegt. Werden nun z.B. "Versicherungsleistungen" verweigert, da der Verletzte zum Zeitpunkt des Unfalles nicht versichert war oder die Verletzung nicht auf ein versichertes Unfallereignis zurückzuführen ist, kann später aufgrund des Unfallversicherungsrechts für dieselbe Körperschädigung nicht Antrag auf eine Invalidenrente gestellt werden. Der spezielle Antrag auf eine Invalidenrente ist im abgelehnten Antrag bezüglich der grundsätzlichen Leistungspflicht enthalten. Das gilt auch in den Fällen, wo eine nachträgliche Verschlimmerung des Leidens den Antragsteller veranlaßt, einen neuen Antrag zu stellen. Die grundsätzliche Ablehnung des Antrages schließt auch jeglichen späteren Antrag aufgrund einer Verschlimmerung des Leidens in sich[79].

c) Ein anschauliches Beispiel für Anträge, die zueinander im Verhältnis der Spezialität stehen, liefert das System der im Invalidenversicherungsgesetz vorgesehenen Eingliederungsmaßnahmen[80]. Aufgrund dieses Gesetzes haben Invalide oder von einer Invalidität bedrohte Versicherte Anspruch auf Eingliederungsmaßnahmen, soweit diese notwendig und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit wieder herzustellen, zu verbessern, zu er-

---

77) Vgl. § 2 III, 3.4, S. 47
78) Art. 72 KUVG
79) Vgl. MAURER, A., S. 367/368; dort zit. EVG 1940, S. 87
80) Art. 8 ff IVG

erhalten oder ihre Verwertung zu fördern. In Art. 8 IVG sind verschiedene Arten von Eingliederungsmaßnahmen vorgesehen: medizinische Maßnahmen, berufliche Maßnahmen, Maßnahmen für Sonderschulung, Abgabe von Hilfsmitteln und Ausrichtung von Taggeldern. Die Gewährung jeder Art Maßnahmen unterliegt je besonderen Bestimmungen. Eine Ablehnung kann sich nun auf den Eingliederungsanspruch als solchen beziehen (umfassende Ablehnung) oder - den Anspruch auf Eingliederungsmaßnahmen an sich nicht ablehnend - auf eine besondere Art von Eingliederungsmaßnahmen. Wird der Eingliederungsanspruch als solcher abgelehnt, etwa weil der Antragsteller nicht versichert, nicht invalid oder nicht unmittelbar von einer Invalidität bedroht ist, sind spätere Anträge auf eine spezifische Eingliederungsmaßnahme im abgelehnten Antrag enthalten. Mithin sind sie mit ihm im rechtlichen Sinn identisch.

Anders verhält es sich, wenn eine spezifische Eingliederungsmaßnahme abgelehnt wird, weil etwa deren invaliditätsbedingte Notwendigkeit oder eingliederungsorientierte Zweckmäßigkeit[81] verneint wird. Eine andere Art von Eingliederungsmaßnahmen kann diese Erfordernisse unter Umständen erfüllen; jedenfalls ist darüber mit der Ablehnung einer bestimmten Maßnahmenart nichts entschieden. Das Eidg. Versicherungsgericht[82] führt hiezu aus, mit einer Verfügung, deren Gegenstand die bestimmte Art einer Eingliederungsmaßnahme sei, werde nicht ein für allemal über die Eingliederungsfrage entschieden; es werde damit lediglich eine ganz bestimmte Eingliederungsmaßnahme im Rahmen eines zeitlich begrenzten, konkreten Sachverhalts beurteilt. Im Rahmen eines solchen Sachverhalts kann indessen auch die "Eingliederungsfrage" Gegenstand einer Verfügung sein, womit im Falle der Ablehnung alle gesetzlich vorgesehenen Eingliederungsmaßnahmen verweigert sind. Ein neuer Antrag auf die gleiche oder allenfalls auf eine andere Eingliederungsmaßnahme ist mit der erfolgten Ablehnung identisch; das heißt jedoch noch nicht, daß der Verfügungsgegenstand identisch sei. Zu fragen ist noch, ob dem neuen identischen Antrag nicht ein veränderter Sachverhalt zugrundeliege[83].

Eingliederungsmaßnahmen werden häufig nicht lediglich der Art nach verlangt. Der Antrag lautet vielfach auf Übernahme der Kosten für eine konkret bezeichnete, möglicherweise schon durchgeführt Maßnahme[84]. Einem

81) Nach Art. 8 IVG
82) EVG 1966, S. 226
83) Vgl. § 10 II, S. 164 ff
84) Was nach Art. 78 IVV, Fassung vom 15. Januar 1968, möglich ist

Urteil des Eidg. Versicherungsgerichtes[85] lag beispielsweise der Sachverhalt zugrunde, daß die Invalidenversicherung die Übernahme der Kosten für eine durchgeführte Operation als medizinische Eingliederungsmaßnahme verweigerte. Diese Ablehnung sprach sich nicht über den Anspruch auf medizinische Eingliederungsmaßnahmen aus (geschweige denn auf Eingliederungsmaßnahmen), sondern lediglich über den Anspruch auf Übernahme der konkreten Operationskosten im Rahmen des Anspruches auf medizinische Eingliederungsmaßnahmen. Hätte die Versicherung medizinische Eingliederungsmaßnahmen oder Eingliederungsmaßnahmen schlechthin verweigern wollen, wäre eine entsprechende Formulierung im Dispositiv nötig gewesen. Unter den gegebenen Umständen kann der Versicherte indes eine andere konkrete medizinische Maßnahme, z.B. eine andere Operation, verlangen. Die invaliditätsbedingte Notwendigkeit oder die eingliederungsorientierte Zweckmäßigkeit dieser anderen konkreten Maßnahme müßte selbständig überprüft werden.

3. Der neue Antrag auf ein Leistungsbegehren ist im abgelehnten positiven Feststellungsbegehren enthalten

Einem Leistungsbegehren kann inhaltlich ein Feststellungsbegehren entsprechen, das festzustellen verlangt, der Leistungsanspruch sei bei späterer, wahrscheinlicher Verwirklichung eines bestimmten Sachverhaltes zuzusprechen[86]. Es handelt sich dabei um ein positives Feststellungsbegehren.

Das Leistungsbegehren ist im abgelehnten positiven Feststellungsbegehren enthalten. Daher kann es nach abgelehntem positiven Feststellungsbegehren nicht mehr gestellt werden, weil die Ablehnung der Feststellung "den Leistungsanspruch schlechthin"[87] verneint.

Diese Tragweite kann allerdings nur einer Ablehnung zuerkannt werden, die die Feststellung aus materiellrechtlichen Grün-

85) EVG 1963, S.216 ff
86) Vgl. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 67
87) KUMMER, Klagerecht, S. 68

den versagt, nicht aber der Verweigerung einer Feststellung, weil eine (oder mehrere) Sachentscheidungsvoraussetzung fehle, z.B. weil das Feststellungsinteresse (schutzwürdiges Interesse am Ergehen einer Feststellungsverfügung[88]) nicht nachgewiesen sei. Wurde die Feststellungsverfügung durch Nichteintretensentscheid verweigert, weil kein Feststellungsinteresse anerkannt werden konnte, ist nicht über den materiellen Anspruch entschieden worden, weshalb später, wenn sich der anspruchsbegründende Sachverhalt mittlerweile eingestellt hat, ein inhaltlich entsprechendes Leistungsbegehren zulässig ist[89].

Zur Veranschaulichung diene folgendes Beispiel, das dem Sachverhalt eines Bundesgerichtsentscheides[90]) entnommen ist, wo jedoch die Antragsidentität nicht zur Diskussion stand:
Eine Aktiengesellschaft verlangte von der Steuerverwaltung den Feststellungsentscheid über die Frage, ob ihr die Verrechnungssteuern für künftige Dividenden aus einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die sie entsprechend einer bestimmten Beteiligungsquote erhielte, ganz oder teilweise zurückerstattet würden. Zu diesem Zeitpunkt stand die Beteiligung an der GmbH noch nicht fest, war aber aufgrund eines Optionsvertrages zu verwirklichen, und die Dividendenauszahlung durch die GmbH wahr wahrscheinlich. Ist die Feststellung des Rückerstattungsanspruches in der Sache selbst abgelehnt worden (was dem Sachverhalt nicht entnommen werden kann), kann später, wenn sich der hypothetische Sachverhalt (Eintritt in die Beteiligung an der GmbH, erfolgte Abzweigung der Verrechnungssteuer bei Dividendenausschüttung) eingestellt hat, der Rückerstattungsanspruch nicht mehr gestellt werden. Über den Rückerstattungsanspruch ist anläßlich des negativ beschiedenen Feststellungsantrages definitiv in ablehnendem Sinn entschieden worden.

Anders verhält es sich, wenn die Feststellung des Rückerstattungsanspruches infolge fehlenden Feststellungsinteresses[91]) von der Hand gewiesen wurde. Über den Rückerstattungsanspruch wurde in diesem Fall anläßlich des Nichteintretens auf den Feststellungsantrag nicht entschieden. Daher kann der Anspruch nach Verwirklichung des entsprechenden Sachverhaltes geltend gemacht werden.

---

88) Nach Art. 25 Abs. 2 VwG
89) Vgl. KUMMER, Klagerecht, S. 68, FN. 2
90) BGE Ib 457 ff
91) Nach Art. 25 Abs. 2 VwG

4. Der neue Antrag ist im abgelehnten der Dauer nach enthalten

(Inwiefern kann allein der Zeitablauf die Antragsidentität, damit auch die Identität des Verfügungsgegenstandes, aufheben?)

4.1 Einleitung

Anträge zielen vielfach auf die Begründung von Dauerrechtsverhältnissen ab. In diesen Fällen gesellt sich zu den übrigen Elementen des Antragsinhaltes noch die zeitliche Dimension. Grundsätzlich sind folgende zwei Möglichkeiten denkbar:

a) Der Antrag enthält - in der Regel unausgesprochen - das Begehren, ein zeitlich unbeschränktes Dauerrechtsverhältnis zu begründen.

b) Der Antrag enthält das Begehren, ein zeitlich beschränktes Dauerrechtsverhältnis bzw. ein Dauerrechtsverhältnis, das nach Maßgabe des materiellen Rechts in Perioden eingeteilt wird, zu begründen.

Die Antragsidentität steht unter verschiedenen Kriterien zur Diskussion, je nachdem was für ein Antrag (a oder b) vorliegt.

Die Antwort auf die Frage, ob über eine Dauerbegünstigung für unbegrenzte Zeit oder lediglich bezüglich einer bestimmten Zeitspanne (Periode) und für wie lange zu entscheiden sei, gibt das materielle Recht. Über Dauerrechtsverhältnisse mit unbegrenzter Dauer wird sinnvollerweise dann zu entscheiden sein, wenn sie sich auf einen zeitlich abgeschlossenen, a priori unveränderlichen Sachverhalt stützen und demzufolge absolut rechtsbeständig sind.[92)]

---

92) Vgl. § 10 II, 3.2, S. 173

So ist der Anspruch auf Befreiung von den Militärpflichtersatzleistungen wegen Dienstuntauglichkeit infolge Dienstleistung "von besonderen Verhältnissen des einzelnen Veranlagungsjahres grundsätzlich unabhängig"[93]. Insoweit steht ein Dauerrechtsverhältnis von unbegrenzter Dauer zur Entscheidung. Desgleichen sind Verfügungen bezüglich ordentlicher Renten aus der Alters- und Hinterlassenenversicherung Entscheide über zeitlich unbegrenzte Dauerrechtsverhältnisse[94].

Steht indes ein Dauerrechtsverhältnis zur Entscheidung, der ein veränderlicher Sachverhalt zugrundeliegt, so wird sich die Tragweite der Verfügung in zeitlicher Hinsicht von vorneherein Schranken gefallen lassen müssen[95]. Das geschieht durch das materielle Recht dadurch, daß es die Periodizität des Dauerrechtsverhältnisses vorsieht. Die Verfügung über ein Dauerrechtsverhältnis gilt nur für die Dauer einer Periode. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Rechtsverhältnis durch Verfügung negativ oder teilweise bzw. volumfänglich positiv begründet oder festgestellt worden ist[96].

4.2 Zeitlich unbeschränkte Dauerrechtsverhältnisse

Anträge, die die Begründung eines unbegrenzten Dauerrechtsverhältnisses intendieren, sind mit späteren Anträgen auf dieselbe Rechtsfolge während unbeschränkter Zeit identisch. Der spätere Antrag ist im vorgängig gänzlich oder teilweise abgelehnten jeweils enthalten, und zwar unabhängig davon, ob er ex tunc oder ex nunc (allein für die Zukunft) gestellt wird.

---

93) BGE 71 I 104
94) EVG 1960, S. 229
95) Beispiele werden in näherem Zusammenhang hinten angeführt, § 10 II, 3.32 und 3.33, S. 184 f und 187 f
96) Vgl. 4.2 a und c, hienach, S. 156 f

a) Der Antrag auf Befreiung von den Militärpflichtersatzleistungen, weil die Dienstuntauglichkeit eine Dienstfolge sei, kann infolgedessen später, z.B. anläßlich der jeweiligen Veranlagung, nicht neu gestellt werden, soweit die Antragsidentität in Frage steht[97]. Das würde an sich freilich noch nicht zwingend Identität des Verfügungsgegenstandes bedeuten; theoretisch müßte im weiteren noch die Identität des Sachverhaltes überprüft werden, d.h. ob sich der Sachverhalt mittlerweile nicht verändert habe. Dauerrechtsverhältnisse auf unbegrenzte Zeit werden indessen meist nur aufgrund in sich abgeschlossener Sachverhalte eingeräumt oder abgelehnt, weshalb regelmäßig Sachverhaltsidentität, mithin auch Identität des Verfügungsgegenstandes, vorliegt.

b) Gleiches gilt nach den Ausführungen des Eidg. Versicherungsgerichtes[98] bezüglich ordentlicher Renten aus der Alters- und Hinterlassenenversicherung. Solche Verfügungen - in concreto handelt es sich um eine negative Rentenverfügung - "beanspruchen grundsätzlich mangels periodischer Überprüfbarkeit eine zeitlich unbeschränkte Geltung." Ausnahmen greifen ein, wenn spätere Gesetzesänderungen den Rentenanspruch erweitern. Das Fehlen periodischer Überprüfbarkeit liegt darin begründet, daß die anspruchsbegründenden Tatsachen hinsichtlich der ordentlichen AHV-Renten - der Versicherungsfall - einen zeitlich in sich abgeschlossenen unveränderlichen Sachverhalt bilden. Wäre der Sachverhalt veränderlich, würde die Identität des Verfügungsgegenstandes gegebenenfalls durch die Sachverhaltsveränderung aufgehoben.

c) Ein Dauerrechtsverhältnis löst auch die Verweigerung der Baubewilligung aus. Die Ablehnung der Baubewilligung wirkt in die Zukunft fort; das durch sie ausgesprochene Bauverbot aktualisiert sich gegenüber dem Gesuchsteller ständig neu[99]. Dieses Dauerrechtsverhältnis ist von Gesetzes wegen zeitlich nicht befristet. Daher vermag der bloße Zeitablauf die Identität des Verfügungsgegenstandes einer Baubewilligungsverweigerung nicht zu zerstören.

4.3 Periodische Dauerrechtsverhältnisse

Verfügungen über ein durch das materielle Recht in Perioden unterteiltes Dauerrechtsverhältnis gelten nur für die Dauer

97) VGE 81 I 104
98) EVG 1960, S.229
99) ARNDT, Die Versagung des Zweitbescheids, DVBl 1971, S. 253

der Periode. Unabhängig davon, ob mittlerweile eine Sachverhaltsveränderung eingetreten ist oder nicht, gebricht es in diesen Fällen an der Identität des Verfügungsgegenstandes, sobald eine Periode abgelaufen ist. Der gänzlich oder teilweise abgelehnte Antrag auf ein Dauerrechtsverhältnis kann nach Ablauf der Periode in jedem Fall wieder gestellt werden. Verändert sich der Sachverhalt während der Periode, so wird die Identität des Verfügungsgegenstandes zudem auch dadurch aufgehoben, da die Sachverhalte nicht mehr identisch sind. Ein neuer Antrag auf Begründung oder Erweiterung des Dauerrechtsverhältnisses ist daher auch nach eingetretener Sachverhaltsveränderung ex nunc zulässig, wenn nicht Bestimmungen über die sog. "revisionsfreien Zeiten" eingreifen, wonach die Rechtsbeständigkeit der Verfügung über die Sachverhaltsveränderung hinaus bis ans Ende der Periode aufrecht erhalten wird[100].

Daß die Identität des Verfügungsgegenstandes mit Ablauf der Periode aufgehoben ist, bedeutet natürlich noch nicht, daß darauf eine Verfügung mit anderem Inhalt zu erlassen ist. Hat sich der Sachverhalt nicht verändert und gelangt die Verwaltungsbehörde nach neuer, gründlicher Überprüfung in der Sache zum Schluß, daß dieser damals richtig festgestellt und subsumiert worden und der Entscheid allenfalls im übrigen zweckmäßig gewesen sei, trifft sie einen neuen Entscheid gleichen Inhaltes für die folgende Periode. Das wesentliche daran ist zunächst bloß, daß ein neuer Entscheid in der Sache zulässig ist. Nach Ablauf einer Periode kann sich ein neuer Antrag nur auf die folgende, nicht aber abgelaufene Periode beziehen. Zugelassen ist allein eine neue Entscheidung ex nunc.

Wie lange eine Periode dauert, ist dem materiellen Verwaltungsrecht zu entnehmen, wenn nötig durch Lückenfüllung per analogiam[101].

---

100) Vgl. § 10 II, 3.42, S. 201
101) Vgl. den nachfolgend angeführten Entscheid EVG 1961, S. 104; Beispiel c hienach

a) Beitragsverfügungen (also nicht negative Verfügungen, doch für diese in analoger Weise auch zutreffend)[102]

"Beitragsverfügungen und Gerichtsentscheide über Beitragsstreitigkeiten gelten nur für eine Beitragsperiode; nach deren Ablauf dürfen die Grundlagen des Versicherungsstatus neu überprüft werden; dasselbe gilt, wenn während der Beitragsperiode eine Grundlagenänderung i.S. von Art. 23 lit. b AHVV eintritt (...). Zu beurteilen sind nach Ablauf der Beitragsperiode nicht identische Streitgegenstände, auch wenn die Grundlagen unveränderlich geblieben sind; werden doch die zeitlichen Auswirkungen solcher Verfügungen und Entscheide vom materiellen Recht selber begrenzt. Dabei ist es klar, daß sich die Beurteilung auf die jeweils maßgebende Rechtsauffassung stützen muß."

b) Verweigerung eines Gastwirtschaftspatentes

Entsprechend dem damals anzuwendenden schwyzerischen Wirtschaftsgesetz wurden Wirtschaftspatente während der Dauer eines Jahres erteilt. Die Patentverweigerung für ein erstes Jahr bildete nicht res iudicata im Hinblick auf einen Antrag für ein weiteres Jahr. Das Bundesgericht[103] erkannte danach, daß das Eintreten auf ein Gesuch um das Wirtschaftspatent für das folgende Jahr nicht verweigert werden dürfe.

c) Verfügung über Familienzulagen (positive Verfügung, doch auch auf entsprechende Ablehnung zutreffend)[104]

---

102) Beispiel aus EVG 1960, S. 229
103) BGE 49 I 95
104) Im folgenden steht nicht ein negativer Verwaltungsakt zur Diskussion. Die Familienzulage wurde erstinstanzlich abgelehnt, auf Beschwerde hin zugesprochen, nachher auf Weisung des Bundesamtes für Sozialversicherung wieder verweigert und auf Beschwerde hin wieder gewährt, da der gutheißende Entscheid für die Dauer gleichbleibender Verhältnisse unbegrenzt gelte. Hierauf erhob das Bundesamt Beschwerde an das Eidg. Versicherungsgericht, das schließlich über die Geltungsdauer eines günstigen Beschwerdeentscheides zu urteilen hatte. Obschon hier also nicht die Geltungsdauer einer ablehnenden Verfügung zur Diskussion steht, kann das Beispiel im vorliegenden Zusammenhang der Verdeutlichung dienen. Die gleichen Überlegungen würden gelten, wenn die Geltungsdauer einer Verfügung eingegerenzt werden müßte, die Familienzulagen abgelehnt hätte.

In einem Prozeß[105] war streitig, "ob Entscheide über Familienzulagen an landwirtschaftliche Arbeitnehmer grundsätzlich eine zeitlich unbeschränkte Geltung beanspruchen (ähnlich wie die Erkenntnisse über ordentliche AHV-Renten) oder ob deren Auswirkungen vom materiellen Recht begrenzt sind (wie etwa bei den Erkenntnissen über AHV-Beiträge)." Das Sozialversicherungsgericht kam zum Schluß, daß den Erkenntnissen über Familienzulagen an landwirtschaftliche Arbeitnehmer zeitlich beschränkte Geltung zukomme, obschon keine materiellrechtliche Gesetzesbestimmung ausdrücklich eine Periodizität vorsah. Es setzte nach Maßgabe eines Analogieschlusses die Periode fest. Die angeführte, dem "System" verpflichtete Begründung hiefür ist allerdings zumindest nicht unmittelbar stichhaltig; einleuchtender wäre gewesen, wenn das Gericht gesagt hätte, die Familienzulagen an landwirtschaftliche Arbeitnehmer seien von veränderlichen, zeitlich nicht in sich abgeschlossenen Sachverhalten (Arbeiten in selbständiger Stellung, Auszahlung eines Lohnes, der mindestens den ortsüblichen Ansätzen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer entspricht) abhängig, weshalb eine unbeschränkte Geltungsdauer der Entscheidung von vorneherein - d.h. schon unter dem Gesichtspunkt der Identität des Antrages, nicht erst unter demjenigen der Identität des Sachverhaltes - nicht eingreifen dürfe.

d) Ablehnung einer Altersrente[106]

Die Rente wurde für das Jahr 1948 abgelehnt, auf ein späteres Gesuch hin für 1949 zugesprochen. Hiegegen führte der Antragsteller Beschwerde mit dem Antrag, ihm sei die Rente rückwirkend auch für 1948 zu gewähren. Dieses Begehren wurde abgewiesen, da die ablehnende Verfügung für das ganze Jahr 1948 gültig sei. Bezüglich der weiteren Periode (1949) konnte der Entscheid indessen neu gefällt werden. Der Sachverhalt war hier veränderlich (Höhe des anrechenbaren Einkommens des Rentenbezügers).

e) Rentenverfügung, Ablehnung einer höheren Rente[107]

Einem Versicherten wurde eine Rente zugesprochen, der die Annahme voller Invalidität und ein prozentualer Abzug als Kompensation für die Gewährung der

---

105) EVG 1961, S.104
106) EVG 1950, S. 75 ff
107) EVG 1928, S. 49 ff

vollen freien Sanatoriumspflege zugrundelag. Die Rentenfestsetzung bezog sich auf die Dauer der Sanatoriumspflege. Noch während dieser Zeit verlangte der Versicherte eine Rentenerhöhung. Als Begründung führte er an, der kompensationsweise Abzug sei ungerechtfertigt und die der Rentenberechnung zugrundegelegte Verdienstklasse entspreche nicht dem tatsächlichen Verdienst. Auf das Gesuch um Rentenerhöhung trat das Gericht nicht ein, da die im Rentenentscheid genannte Geltungsdauer noch nicht abgelaufen sei: "Es ist übrigens in der Tat richtig, daß eine neue Rentenfestsetzung bei zeitlich begrenzten Invalidenpensionen (und als solche muß auch die dem Berufungskläger 'für die Zeit der Sanatoriumspflege' zuerkannte Pension angesehen werden) in der Regel nur nach Ablauf der betreffenden Zeitdauer stattfinden kann (Art. 28 Abs. 2 MVG). Hievon gibt es nur eine, die im Art. 30 MVG vorgesehene Ausnahme. Danach ist eine Änderung der Rentenhöhe, außer nach Ablauf einer Pension, nur dann möglich (und zwar nur für die Folgezeit), wenn sich im Verlaufe der Zeit der körperliche Nachteil (...) als erheblich größer oder als erheblich geringer herausstellt, als bei der erstmaligen oder einer erneuten Festsetzung der Pension angenommen wurde."108)

Deutlich werden hier die beiden Gesichtspunkte der Antragsidentität (d.h. die Identität dessen, was abgelehnt worden ist, mit dem neuen Antrag hinsichtlich der Dauer, auf die sich die erste Verfügung bezieht) und der Sachverhaltsidentität (hinsichtlich der Sachverhaltsveränderung) auseinandergehalten, obwohl die beiden Kategorien Antragsidentität und Sachverhaltsidentität nicht in dieser Terminologie angeführt sind.

f) Der Periodizität unterliegen z.B. auch Verfügungen über die Einräumung von Bezugs- oder Einfuhrkontingenten:

"Einzelkontingente sowie Verteilungsschlüssel für Pflichtbezüge sind periodisch zu überprüfen und wesentlichen Veränderungen anzupassen."109)

---

108) EVG 1928, S. 52

109) Art. 1 Abs. 4 des Bundesbeschlusses vom 17. Dezember 1952 über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, SR 916.112.218; wiederholt erneuert, zuletzt am 28. Juni 1972, SR 916.112.218.0

"Sofern die Einfuhr bewilligungspflichtig ist, sind die Einfuhrberechtigten periodisch neu zu ordnen, wobei eine ausreichende Kontingentsreserve zur Anpassung an veränderte Verhältnisse zu schaffen ist."[110]

Wird der Antrag auf Einräumung eines Kontingentes teilweise oder gänzlich abgelehnt, kann ein neuer Antrag nach Ablauf der Periode gestellt werden, ohne daß sich der Sachverhalt verändert hat. Der Antragsteller hat dann Anspruch auf einen neuen Sachentscheid. Außerhalb der periodischen Anpassung der Kontingente an wesentlich veränderte Verhältnisse sollen hingegen Änderungen in der bestehenden Kontingentsstruktur nur ausnahmsweise und mit Zurückhaltung vorgenommen werden.[111]

---

110) Art. 23 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 1951 über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes, SR 910.1

111) Vgl. § 9, S. 124 ff

§ 10 DIE IDENTITÄT DES SACHVERHALTES

(Die Rechtsbeständigkeit der ablehnenden Verfügung)

I. EINLEITUNG

Voraussetzung für die Identität des Verfügungsgegenstandes ist neben der Antragsidentität[1], daß dem wiederholt gestellten Antrag derselbe (d.h. identische) Sachverhalt zugrundeliegt. Fehlt es an der Sachverhaltsidentität, steht einer neuen bzw. anderen Sachentscheidung verfahrensrechtlich unter dem Gesichtspunkt des 'ne bis in idem' nichts entgegen[2].

Einem wiederholten identischen Antrag kann ein Sachverhalt zugrundeliegen, der in keinem seiner Elemente etwas mit dem anläßlich einer ersten Ablehnung beurteilten gemeinsam hat. Die Verschiedenheit ist dann offenbar[3]. Der gedankliche Bezug zwischen dem beurteilten und auf erneuten Antrag hin zu beurteilenden Sachverhalt wird in der Regel nicht hergestellt. Daher wäre es auch verfehlt zu sagen, die Verfügung über den neuen Antrag berühre die Rechtskraft oder den Bestand der erfolgten Ablehnung.

a) A meldet Ansprüche auf Versicherungsleistungen wegen Unfalls an. Die Ansprüche werden verweigert, da das schädigende Ereignis keinen versicherten Unfall darstelle. Später erleidet A einen weiteren Unfall. Er gelangt mit inhaltlich identischen Antrag (wieder auf Ausrichtung von Unfallversicherungsleistungen) an die Versicherung. Ob das zweite Ereignis einen Unfall darstelle, muß unabhängig von der früheren Ablehnung entschieden werden. Niemand wird eine gedankliche Beziehung zwischen der ersten Ablehnung

1) Vgl. § 9, S. 124 ff
2) Vgl. die Einleitung zur Tragweite der Rechtskraft, § 8, S. 122
3) Vgl. KUMMER, Klagerecht, S. 92

und der neuen Entscheidung herstellen, es sei denn, zufälligerweise ständen analoge Fälle zur Diskussion, was die Identitätsfrage indes nicht berührte.

b) Das Eidg. Versicherungsgericht[4] führt in einem Entscheid aus: "Liegt die gleiche Grundkrankheit vor, so müssen gegenüber dem beurteilten Tatbestand (gemeint: Sachverhalt) entscheidende Änderungen eingetreten sein, ...". Falls der Versicherte hingegen nunmehr an einer anderen Grundkrankheit leidet, ist die Verschiedenheit des Sachverhaltes offenbar. Insofern geht es nicht um den Bestand der ersten, auf einer anderen Grundkrankheit beruhenden Ablehnung.

Zweifelsfälle ergeben sich erst, wenn beidenorts der nämliche Tatsachenkomplex betroffen ist[5],

wenn, um an die eben angeführten Beispiele anzuknüpfen, anläßlich des zweiten Antrages derselbe Unfall bzw. dieselbe Grundkrankheit vorliegt.

Ein Sachverhalt, der anläßlich einer Ablehnung für die beantragte Begünstigung nicht alle Voraussetzungen enthielt, die in den Rechtssätzen oder Ermessensgrundsätzen festgelegt sind, kann sich durch das nachträgliche Hinzutreten, Wegfallen oder Verändern von Sachverhaltselementen zu einem neuen Sachverhalt entwickeln, über den eine weitere Sachentscheidung getroffen werden muß. Unter diesem Gesichtspunkt der nachträglichen Sachverhaltsentwicklung stellt sich die Frage nach der zeitlichen Begrenzung der Rechtskraft der erfolgten Ablehnung[6].

---

4) EVG 1960, S. 11 f
5) KUMMER, Klagerecht, S. 92
6) Vgl. GRUNSKY, S. 459

II. DIE RECHTSBESTÄNDIGKEIT DER ABLEHNUNG

1. Der Begriff der Rechtsbeständigkeit

Was in dieser Arbeit unter Rechtsbeständigkeit verstanden wird, wurde bereits erläutert[7]. Des Zusammenhanges wegen soll der Begriff hier nochmals definiert werden. Er befaßt sich

a) mit der zeitlichen Begrenzung der Rechtskraft, d.h. mit der Konsequenz des 'ne bis idem' für die Zeit nach Erlaß der Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Konstanz der Entscheidungsgrundlagen, d.h.
   - des Sachverhalts und
   - des Rechtssatzes,

und darüber hinaus

b) mit der Konsequenz eines allfälligen weitergehenden Rechtssicherheitsbedürfnisses unter dem Gesichtspunkt der Interessenmomente (Vertrauensschutz), die im Einzelfall gegen die Anpassung der Verfügung an eine veränderte Entscheidungsgrundlage (Sachverhalt oder Rechtssatz) sprechen.

Da es in diesem Paragraphen (§ 10) nur um die Identitätsfrage bezüglich des Sachverhalts geht, interessiert hier die Rechtsbeständigkeit unter dem Gesichtspunkt der Konstanz des Sachverhalts. Die Einwirkung der Änderung des Rechtssatzes auf die Rechtsbeständigkeit wird im Paragraphen 11 behandelt.

Ferner gehört die Rechtsbeständigkeit unter dem Teilaspekt des lt. b hievor nicht zum Problem der Sachverhaltsidentität, die die Thematik des vorliegenden Paragraphen bezeichnet. Dennoch soll auch dieser Teilaspekt um des Zusammenhangs willen unter Ziffer 4 hienach kurz gestreift werden. Er spielt hinsichtlich des ablehnenden Verwaltungsakts eine sehr geringe Rolle.

---

7) Vgl. § 2 I 4, S. 22 und S. 209

2. Die Konstanz des Sachverhalts als Kriterium der Rechtsbeständigkeit

2.1 Das entscheidungserhebliche Sachverhaltselement

2.11 Weist der Antragsteller nach erfolgter Ablehnung eine entscheidungserhebliche Veränderung im Sachverhalt nach, so ist die Identität des Verfügungsgegenstandes aufgehoben und eine neue Sachentscheidung notwendig. Die Möglichkeit einer neuen Sachentscheidung darf nicht schon dann bejaht werden, wenn der Antragsteller die Veränderung eines beliebigen Sachverhaltselementes geltend macht. Erforderlich ist vielmehr, daß sich der Sachverhalt gerade hinsichtlich des (normativen) Tatbestandsmerkmals verändert hat, das von der Verwaltungsbehörde seinerzeit als fehlend angesehen worden ist[8]. Das entscheidungserhebliche Sachverhaltselement muß nachträglich hinzugetreten oder weggefallen sein, oder es muß sich wesentlich verändert haben[9].

a) Wird einem Bewerber das Gastwirtschaftspatent verweigert, weil er einen schlechten Leumund genießt, kann er sein Gesuch später nicht mit dem Argument erneuern, das Bedürfnis für einen neuen Gastwirtschaftsbetrieb habe sich mittlerweile eingestellt (Rückgang der Anzahl bestehender Gastwirtschaftsbetriebe usw. Zunahme der Bevölkerung in der Zwischenzeit). Er muß vielmehr Umstände anführen, aufgrund deren angenommen werden kann, sein Ruf habe sich nun gebessert.

---

8) GRUNSKY, S. 462, hinsichtlich des klageabweisenden Urteils; KUMMER, Klagerecht, S. 131, hinsichtlich des Zivilurteils: "Das besagt andererseits, daß nicht jede beliebige, nach dem Urteil im Sachverhalt eintretende Änderung von der Rechtskraftwirkung befreit, sondern nur eine solche, die, so wie sie behauptet wird, nach Maßgabe des Zivilrechts überhaupt in Betracht fallen kann, um den abgewiesenen Anspruch neu zu begründen oder ein rechtskräftig zugesprochener zu verändern oder zu vernichten."

9) Vgl. die nachfolgende Kategorienbildung, 3.1 hienach, S. 169

b) Ein analoges Beispiel kann der Bundesgerichtspraxis entnommen werden[10]):
Einem Chiropraktiker wurde das Führen des Titels "Dr. der Chiropraktik" verweigert, da sich die heilungssuchenden Patienten unrichtige Vorstellungen über die Ausbildung und Befugnisse des Trägers dieses Titels machen könnten. Der Antragsteller ersuchte später um "Wiedererwägung" dieser Ablehnung, indem er geltend machte, daß er seinen Beruf zur vollen Zufriedenheit ausübe und die ihm als Chiropraktiker gesetzten Grenzen nie überschritten habe. Diese Entwicklung des Sachverhaltes nach der erfolgten Ablehnung berührt das entscheidungserhebliche Sachverhaltselement - das vermutliche Differenzierungsvermögen des Publikums - nicht, weshalb keine entscheidungserhebliche Sachverhaltsveränderung vorlag: "Die neue Behauptung, der Beschwerdeführer übe seinen Beruf zur vollen Zufriedenheit aus und er habe die ihm als Chriopraktiker gesetzen Grenzen nie überschritten, konnte die kantonale Instanz mit vertretbaren Gründen als für den Entscheid unwesentlich betrachten, da sie dem Beschwerdeführer den Gebrauch des Doktortitels nicht aus Mißtrauen seiner Person gegenüber untersagt hatte, sondern aus der Befürchtung, daß die heilungssuchenden Kranken sich unrichtige Vorstellungen über die Vorbildung und Befugnisse des Trägers dieses Titels machen könnten".

c) Wird einem Versicherten die Invalidenrente verweigert, weil seine Erwerbsunfähigkeit nicht auf ein versichertes Unfallereignis zurückzuführen sei, kann er später mit Erfolg nicht geltend machen, seine Invalidität habe sich verschlimmert; der Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis und allfälliger Erwerbsunfähigkeit wurde definitiv verneint.

d) KUMMER[11]) führt für den Zivilprozeß folgendes Beispiel an, das zeigt, daß dort analoge Überlegungen angestellt werden:
"Wer mit einem Unterlassungsanspruch aus Firmenrecht unterliegt, kann später nicht erneut klagen mit der Behauptung, die Verkehrsauffassung habe sich in der Zwischenzeit verfeinert, und die Frage der Verwechselbarkeit werde nunmehr anders beantwortet; es nützt ihm auch nichts, eine Erweiterung des Geschäftsumfanges geltend zu machen, wenn das erste Urteil die Verwechselbarkeit der beiden Firmen schlechthin, ungeachtet der gegebenen Geschäftstätigkeit, verneint hat; anders dagegen, wenn erstmals die Verwechslungs-

---

10) BGE vom 13. März 1963, publ. in ZBl 1963, S. 302 ff
11) KUMMER, Klagerecht, S. 131

gefahr unter Mitberücksichtigung der gegebenen Geschäftsgestaltung verneint wurde und der Kläger nunmehr hierin eine wesentliche Veränderung als eingetreten behauptet."

2.12 Dabei ist nicht zu übersehen, daß für eine Ablehnung mehrere Gründe vorliegen können, weil der Sachverhalt hinsichtlich mehrerer Tatbestandsmerkmale der beantragten Begünstigung nicht erwiesen ist. Die Tatbestandsmerkmale der beantragten Begünstigung können kumulativ oder alternativ gefordert sein. In jenen Fällen wird es die Behörde mit dem erstgeprüften Abweisungsgrund bewenden lassen, wenn sie nicht ganz sicher gehen und den weiteren Ablehnungsgrund gleichfalls ausführen will.

a) Fehlt z.B. für die Invalidenrente der Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis und Beeinträchtigung und ist der Versicherte zudem in seiner Erwerbsfähigkeit nicht eingeschränkt, wird es mit der Verneinung des Kausalzusammenhanges sein Bewenden haben; daß auch keine Invalidität im Rechtssinne vorliege, braucht in den Motiven nicht mehr ausgeführt zu werden, um die Pflicht zur Leistung einer Invalidenrente abzulehnen.

b) Mehrere Verweigerungsgründe sind etwa bei Baubewilligungen anzutreffen. Ein Baugesuch kann z.B. aus gewässerschutzpolizeilichen Gründen und aufgrund der kantonalen Natur- und Heimatschutzgesetzgebung abzulehnen sein. Eine Verweigerung aus gewässerschutzpolizeilichen Gründen ist unter Umständen nicht endgültig. "Schlägt der Beschwerdeführer später beispielsweise eine geschlossene Grube vor, die - gemessen an dem in Art. 2 GSchG[12]) umschriebenen Zweck - keine Bedenken ruft und deren Inhalt gemäß einer im Grundbuch eingetragenen Grundlast von einem Landwirt übernommen wird, dann müßte (unter Vorbehalt von Verweigerungsgründen, die auf dem kantonalen Natur- und Heimatschutzgesetz beruhen) die Baubewilligung - mit Auflagen und Bedingungen - nachträglich erteilt werden."[13]). Wo sich also der zur Ab-

---

12) Bundesgesetz vom 16. März 1955 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung, heute ersetzt durch das entsprechende Bundesgesetz vom 8. Oktober 1971

13) BGE 94 I 500

lehnung führende Sachverhalt später verändert hat, ist ein neuer Sachentscheid zu treffen, dem nun noch die Prüfung weiterer, anläßlich der ersten Ablehnung unter Umständen nicht berücksichtigter Voraussetzungen (im erwähnten Beispiel: kantonale Natur- und Heimatschutzbestimmungen) zugrundeliegen.

2.13 Wo mehrere Tatbestandsvoraussetzungen der Begünstigung alternativ erfüllt sein müssen, muß die Frage der Rechtsbeständigkeit einer entsprechenden Ablehnung hinsichtlich eines jeden zur Diskussion stehenden Tatbestandsmerkmals gestellt werden.

a) Z.B. können unmündige Kinder, deren Mutter bei der Heirat mit einem Ausländer oder bei der Entlassung des Ehemannes aus dem Kreis der Schweizerbürger das Schweizerbürgerrecht beibehalten hat, erleichtert eingebürgert werden, wenn sie in der Schweiz wohnen und u.a. ihre Eltern seit drei Jahren getrennt leben oder wenn die Kinder staatenlos geworden sind[14]. Wird die erleichterte Einbürgerung verweigert, weil das Kind immer noch fremdes Bürgerrecht besitze und die Eltern nicht seit drei Jahren getrennt lebten, kann es später um die erleichterte Einbürgerung nachsuchen, entweder, wenn sich der Sachverhalt hinsichtlich des Getrenntlebens seiner Eltern oder hinsichtlich seiner Staatenlosigkeit verändert hat.

b) Der Praxis des Eidg. Versicherungsgerichts kann in weiteren folgendes Beispiel[15] entnommen werden:

"Gemäß der in Rechtskraft erwachsenen Verfügung vom 13. November 1963 hat die Invalidenversicherungskommission es abgelehnt, der Versicherten medizinische Maßnahmen zu gewähren, weil die Voraussetzungen der Art. 13 und 12 IVF nicht erfüllt seien."

Die genannten gesetzlichen Voraussetzungen (ihr Inhalt interessiert hier nicht) müssen alternativ erfüllt sein.

"Hinsichtlich der Ablehnung von Leistungen gemäß Art. 13 IVG wirkt sich die Rechtskraft nach wie vor aus, so daß der Richter auf diesen Punkt nicht eintreten kann. Hingegen steht jene Verfügung der Überprüfung des Streites unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 IVG nicht entgegen. Der Tatbestand (gemeint Sach-

14) Art. 28 des Bundesgesetzes vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts, SR 141.0
15) EVG 1968, S. 253

verhalt) hat sich seit 1963 derart geändert, daß die Invalidenversicherungskommission verpflichtet war, im Rahmen des Art. 12 neu zu befinden."

2.2 Die Entscheidungsgründe

Ob sich ein Sachverhalt in entscheidungserheblichen Sinn verändert hat oder nicht, kann bei Ablehnungen nur nach Maßgabe der Entscheidungsgründe festgestellt werden[16]. Es ist zum Beispiel entscheidend, ob die Invalidenrente verweigert worden ist, weil der Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis und Beeinträchtigung fehle oder weil sich die Beeinträchtigung auf die Erwerbsfähigkeit nicht auswirke, mithin keine Invalidität vorliege. Die Entscheidungsgründe nehmen zwar an der Regelung unmittelbar nicht teil; einzig das Dispositiv erwächst in Rechtskraft. Die Entscheidungsgründe sind lediglich zur näheren Bestimmung des Entscheidungsinhaltes heranzuziehen. Das heißt noch nicht, daß sie selbst unmittelbar vom 'ne bis in idem' erfaßt werden[17].

3. Absolute und relative Rechtsbeständigkeit

3.1 Grundlage der Unterscheidung

Da die Rechtsbeständigkeit von Ablehnungen im Einzelfall immer anhand eines einzelnen oder mehrerer bestimmter Tatbestandsmerkmale - allein desjenigen (bzw. derjenigen), welches im Sachverhalt hinsichtlich eines positiven Bescheids nicht erfüllt war[18] - entschieden werden kann, da also nicht

16) KUMMER, Klagerecht, S. 113
17) Vgl. GRUNSKY, S. 464; vgl. die analogen Ausführungen unter dem Thema der Antragsidentität, § 9 IV, 3.3, S. 144
18) Das bzw. die entscheidungserheblichen Sachverhaltselemente, vgl. 2.1 hievor, S. 165

der gesamte Tatsachenkomplex (Sachverhalt), der zum Antrag veranlaßte und der Entscheidung insgesamt zugrundegelegt worden ist, berücksichtigt zu werden braucht, können mit verhältnismäßig wenig begrifflichem Aufwand typische Fälle umschrieben werden, die die Ausdehnung der Rechtsbeständigkeit zu erläutern vermögen. Eine aussagekräftige Darstellung der Rechtsbeständigkeit anhand typischer Fälle wäre sehr umständlich, wenn allemal der gesamte Sachverhalt zur Diskussion gestellt werden müßte, da "Sachverhalte" begrifflich zu wenig konzis erfaßt werden können. Unter dem Begriff Sachverhalt wird eine Anzahl heterogener Tatsachen und Vorkommnisse verstanden, die jeweils unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Tatbestandes im Hinblick auf mögliche Rechtsfolgen in einem vorläufigen Ausleseverfahren zusammengefaßt werden. Was jeweils zum Sachverhalt gehört, ist an sich offen. Immerhin kann ein Sachverhalt im Bewußtsein nie anders "gegeben" sein, als ein solcher, der bereits in bestimmten geläufigen Allgemeinvorstellungen aufgefaßt, kategorial geordnet und als gewisse Rechtsfälle - z. B. als Sozialversicherungsfall oder als unter Vorbehalt der Bewilligung erlaubtes Handeln - verstanden worden ist[19].

Zur Diskussion steht bei der Rechtsbeständigkeit von Ablehnungen also stets nur derjenige Ausschnitt eines Sachverhaltes, der durch dasjenige Tatbestandsmerkmal bezeichnet werden kann, das bei der Ablehnung nicht erfüllt oder - bei negativen Tatbestandsvoraussetzungen der beantragten Begünstigung - existent war. Was in einem solchen Ausschnitt des Sachverhalts begrifflich erfaßt wird, nennen wir das Sachverhaltselement.

Von einzelnen begrifflich konzis erfaßbaren Sachverhaltselementen läßt sich aussagen, daß sie

---

19) LARENZ, 5. Aufl., S. 234, nicht mehr mit denselben Worten in der 3. Aufl., S. 262 f

a) später im Rahmen des übrigen Sachverhalts nicht hinzutreten bzw. wegfallen könnten und veränderlich sind

daß sie

b) später im Rahmen des übrigen Sachverhalts hinzutreten bzw. wegfallen könnten

oder daß sie

c) veränderlich seien[20].

a) Als Beispiel für die Kategorie a) sei hier der Kausalnexus erwähnt. Werden Unfallversicherungsleistungen für eine Gesundheitsschädigung abgelehnt, weil diese nicht auf ein geltend gemachtes Unfallereignis zurückzuführen sei, so ist das zur Ablehnung führende Sachverhaltselement - die fehlende Kausalität zum versicherten Ereignis - a priori unveränderlich. Es kann später auch nicht hinzutreten. Werden von Seiten des Versicherten nachträglich neue, mit den erstmalig beurteilten Beschwerden nicht identische Gesundheitsschäden vorgebracht, muß der Kausalzusammenhang zwischen dem Ereignis und den vorgebrachten angeblichen anderweitigen Folgen gesondert beurteilt werden. Zur Diskussion steht insoweit ein Sachverhaltselement, das außerhalb des erstmals beurteilten Sachverhalts steht.

Werden Unfallversicherungsleistungen (ev. teilweise) abgelehnt, weil grobes Selbstverschulden (oder ein nicht versichertes Wagnis) vorliegt, so kann das zur Ablehnung führende Sachverhaltselement (Selbstverschulden, Wagnis) später nicht wegfallen.

---

20) MATILE, S. 50, unterscheidet "la décision a posteriori" und "la décision a priori". "Dans une décision a posteriori, l'administration tire toutes les conséquences juridiques de la situation de fait qui existe au moment où elle se prononce". - "L'autorité prend une décision a priori, lorsque, d'après la situation actuelle, elle prononce pour l'avenir sur un droit dont l'existence ou le contenu dépendent de faits hypothétiques et futurs." Die 'décisions a posteriori' erwachsen nach MATILE, S. 74, in Rechtskraft ("en force", "tandis que les décisions a priori ou actes déclaratifs, n'auraient pas d'autorité spéciale".) Solange der veränderliche Sachverhalt, auf den sich ein Verwaltungsakt stützt, konstant bleibt, entfaltet auch diese Verfügung Rechtskraft; solange ist sie rechtsbeständig. Ihre Rechtsbeständigkeit dauert zudem fort, wenn gegen die Anpassung an einen veränderten Sachverhalt überwiegende Rechtssicherheitsinteressen sprechen, vgl. § 10 II 4, S. 205

b) Die Sachverhaltselemente der Kategorie b) können später im Rahmen des übrigen Sachverhalts hinzutreten oder wegfallen. Wird z.B. eine Baubewilligung verweigert, weil die Anschlußmöglichkeit an die Kanalisation wegen zu großer Entfernung zur nächsten Anschlußstelle nicht gewährleistet ist, beruht die Verweigerung auf dem Fehlen eines Sachverhaltselementes, das künftig hinzutreten kann; die Verbindlungsleitung kann später erstellt worden sein.

Auch z.B. dort, wo die Eintragung einer Nutznießung ins Grundbuch verweigert worden ist, weil die öffentliche Beurkundung des Nutznießungsvertrages gefehlt hat, beruht die Ablehnung auf einem Sachverhaltselement, das später hinzutreten kann: Die Vertragsparteien entscheiden sich nach erfolgter Ablehnung der Eintragung zur öffentlichen Beurkundung des Nutzniessungsvertrages.

c) Schließlich sind die a priori veränderlichen Sachverhaltselemente der Kategorie c) zu erwähnen. Wird z.B. eine Invalidenrente verweigert, weil die gesundheitliche Beeinträchtigung derart gering ist, daß sie sich auf die Erwerbsfähigkeit des Antragstellers nicht auszuwirken vermag, beruht die Ablehnung auf einem Sachverhaltselement, das veränderlich ist, sich im Einzelfall aber nicht zu verändern braucht. Die Beschwerden können sich möglicherweise später allmählich verschlimmern, so daß nachher allenfalls anspruchsbegründende Invalidität vorliegt.

Oder die Entlassung aus der Verwahrung wird verweigert, weil das Verhalten des Verwahrten zu Tadel Anlaß gibt. Das Verhalten kann sich später bessern.

Eigenartig an solchen Sachverhaltselementen ist, daß sie sich allmählich verändern, ohne daß einzelne Stufen der Veränderung bedeutungsvoll oder bemerkbar sein müssen. Es handelt sich um veränderlich Zustände (Invalidität, Bedürfnis, usw.) oder um die allmähliche Anhäufung einer Vielzahl an sich nicht sehr bedeutsamer Vorkommnisse (tadeliges Verhalten eines Verwahrten)[21].

---

21) Vgl. KUMMER, Klagerecht, S. 132, der für das Zivilrecht die "tiefe Zerrüttung" einer Ehe als Beispiel erwähnt

3.2 Die absolute Rechtsbeständigkeit

Erfolgte die Ablehnung, weil ein a priori unveränderliches und im Rahmen des übrigen Sachverhalts unersetzliches Sachverhaltselement fehlt (Kategorie a[22]), ist ihre Rechtsbeständigkeit zeitlich unbeschränkt. Im Nachhinein kann nichts geschehen, was die Rechtsbeständigkeit der Ablehnung aufzuheben vermöchte. Das ist die absolute Rechtsbeständigkeit.

Unter dem Gesichtspunkt des jeweils zur Diskussion stehenden Sachverhaltselementes werden im folgenden Beispiele absolut rechtsbeständiger Ablehnungen angeführt.

a) Der Kausalzusammenhang oder das Verschulden

A priori unveränderliches Sachverhaltselement ist immer der Kausalzusammenhang zwischen einer Ursache und einer Folge. Erfolgte eine Ablehnung infolge Fehlens oder Vorliegens eines Kausalzusammenhanges, ist sie absolut rechtsbeständig. Als Ursache eines Ereignisses kann im vorliegenden Zusammenhang auch das Verschulden eines Handelnden angeführt werden, das zum Eintritt eines Schadens geführt hat.

aa) Eine Krankenkasse hat die Haftung für ärztliche Behandlung abgewiesen, da die ärztlich behandelten Beschwerden auf einen Unfall zurückzuführen seien. Später gelangte die Versicherte erneut an dieselbe Krankeasse mit dem Begehren, weitere Arztkosten zu übernehmen, die für die Behandlung desselben Leidens entstanden sind. Ob dieses Leiden auf das Unfallereignis zurückzuführen ist, war schon Gegenstand einer Entscheidung und kann gemäß dem Grundsatz 'ne bis in idem' nicht erneut aufgeworfen werden. Der Entscheid der Krankenkasse, wonach sie ihre Haftung wegen des Kausalzusammenhanges zwischen Unfallereignis und Körperleiden ablehnt, ist absolut rechtsbeständig. Das Eidg. Versicherungsgericht[23]), das über die

---

22) Vgl. 3.1 hievor, S. 169
23) BGE 99 V 5, mit Hinweis auf MAURER, A., S. 368: "Die grundsätzliche Ablehnung schließt auch jegliche spätere Verschlimmerung des Leidens in sich."

Rechtsbeständigkeit der fraglichen Ablehnung zu entscheiden hatte, führt hiezu folgendes aus: "Certes le Dr. I. a-t-il encore fourni des soins à l'assuré après le 11 mars 1969 (dem Datum der ersten Ablehnung). Cela ne change toutefois rien à ce que vient d'être exposé, sans quoi il s'ensuivrait que le principe du refus d'assurer les conséquences d'un événement déterminé pourrait être remis en cause constamment, ce qui ne saurait être admis (...)." Fraglich kann allerdings sein, ob das Leiden, das die nachträglichen Arztkosten verursacht hat, mit demjenigen identisch war, d.h. seine Fortdauer oder Folge darstellte, das gemäß erstmaligem Entscheid auf ein Unfallereignis zurückzuführen war. Verneinendenfalls ist bezüglich des Kausalzusammenhanges zwischen den nachträglichen Arztkosten und dem Unfallereignis selbständig zu entscheiden. Es handelt sich insoweit um einen anderen Sachverhalt, der die Rechtsbeständigkeit der ersten Ablehnung nicht berührt. Auf dasselbe Unfallereignis können die verschiedensten Beschwerden zurückzuführen sein. Der Entscheid über den Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und bestimmten Beschwerden oder Verletzungen sagt noch nichts über den Kausalzusammenhang zwischen dem Ereignis und anderen Beschwerden bzw. Verletzungen aus.

bb) Die SUVA lehnte die Haftung für diverse körperliche und psychische Beschwerden als Rückfallsymptome bzw. Spätfolgen durch Verfügung ab, da diese Beschwerden nicht auf das Unfallereignis zurückzuführen seien. Ein Jahr später meldete der Versicherte weitere gleichartige Beschwerden an, worauf die Anstalt nicht eintrat. Die neuerdings gemeldeten Beschwerden traten nach der ersten Ablehnung ein. Hiezu äußert das Eidg. Versicherungsgericht[24]: "..., l'assurance n'avait pas à se prononcer de nouveau sur la rechute annoncée, et tenait donc le cas pour liquidé."

Soweit die erneuten Beschwerden mit denjenigen identisch sind (d.h. deren Fortdauer oder Folge darstellen), hinsichtlich derer der Kausalzusammenhang in der ersten Ablehnung verneint worden war, besteht Sachverhaltsidentität. Das entscheidungserhebliche Sachverhaltselement (die Kausalfolge) ist a priori unveränderlich, die Ablehnung daher absolut rechtsbeständig.

cc) Die Militärversicherung lehnte Leistungen für Krankheitsbeschwerden (Neurose) ab, da diese in rechts-

---

24) EVG 1946, S. 40; vgl. die analogen Sachverhalte in EVG 1940, S. 87 und EVG 1967, S. 208 ff, in letzterem Entscheid stand zur Diskussion, ob ein Revisionsgrund vorläge, was das Gericht verneinte.

erheblichem Sinn nicht auf den Militärdienst zurückzuführen seien. Entscheidungserheblich ist demnach der adäquate Kausalzusammenhang zwischen den Militärdienstleistungen und den Krankheitsbeschwerden. Mithin ist der Entscheid der Militärversicherung absolut rechtsbeständig: "Im vorliegenden Fall hat die Militärversicherung, gestützt auf die Darlegungen von Fachleuten, die Adäquanz von Anfang an verneint. Da die Ausführungen von Prof. W. keine entscheidenden neuen Gesichtspunkte enthalten, kann nicht beanstandet werden, daß die Verwaltung ihren Standpunkt in der angefochtenen Verfügung bestätigt hat."[25]

dd) Kürzungsentscheid gemäß Art. 98 Abs. 3 KUVG[26]

Die SUVA kürzte aufgrund von Art. 98 Abs. 3 KUVG mit separatem Entscheid sämtliche noch festzusetzenden Versicherungsleistungen für einen Unfall um zehn Prozent, da der Versicherte den Unfall durch grobfahrlässiges Verhalten herbeigeführt habe. Solche Kürzungen sind teilweise Ablehnungen[27]. "Den Gegenstand des Kürzungsentscheides bildet einzig das vergangene, abgeschlossene Verhalten des Versicherten, das zum Unfall führte." Dieser Sachverhalt ist a priori unveränderlich und der Kürzungsentscheid demzufolge absolut rechtsbeständig[28]. Ein Kürzungsentscheid kann sich aber selbstverständlich nur auf die Leistungen für denselben Unfall beziehen. Ein weiterer Unfall würde einen anderen, selbständigen Sachverhalt darstellen.

ee) Nach Art. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1878[29] sind die Wehrpflichtigen von der Ersatzpflicht befreit, wenn sie infolge des Militärdienstes dienstuntauglich geworden sind. Ein Gesuch um Befreiung vom Militärpflichtersatz, das mittels Einsprache gegen die Veranlagung zum Militärpflichtersatz gestellt werden kann, wurde abgewiesen, weil die Dienstuntauglichkeit

---

25) EVG 1968, S. 35 ff, S. 38, in casu reichte der Versicherte ein Revisionsgesuch ein, das in Ermangelung von Revisionsgründen abgewiesen wurde

26) Art. 98 Abs. 3 KUVG: "Hat der Versicherte den Unfall grobfahrlässig herbeigeführt, so werden die Versicherungsleistungen mit Ausnahme der Bestattungsentschädigung in einem dem Grade des Verschuldens entsprechenden Verhältnis gekürzt."

27) Vgl. § 1 I, 2.2 d, S. 5

28) EVG 1961, S. 113 f

29) BS 5, S. 157, heute ersetzt durch das Bundesgesetz vom 12. Juni 1959 über den Militärpflichtersatz, analoge Bestimmung ist Art. 4 Abs. 1 lit. b des neuen Gesetzes, SR 661

nicht auf den Militärdienst zurückzuführen sei. Anläßlich einer weiteren Veranlagung machte der Ersatzpflichtige geltend, ihm sei die Ersatzbefreiung zu Unrecht verweigert worden. Der für den Entscheid über die Ersatzbefreiung maßgebliche Sachverhalt - der Kausalzusammenhang zwischen Militärdienstleistung und Dienstuntauglichkeit - ist in sich abgeschlossen und unveränderlich. Der Anspruch auf Ersatzbefreiung "ist von besonderen Verhältnissen des einzelnen Veranlagungsjahres grundsätzlich unabhängig". Daher kann der entsprechende Entscheid nicht anläßlich einer jeden weiteren Veranlagung wieder aufgeworfen werden. Er ist absolut rechtsbeständig.

In casu trat bald nach Erlaß der Verfügung, mit der die Befreiung von der Abgabepflicht abgelehnt worden war, ein neuer Krankheitsschub auf. Diese Entwicklung des Gesundheitszustandes stellt keine entscheidungserhebliche Sachverhaltsveränderung dar, warf in casu jedoch auf den ursprünglich beurteilten unveränderlichen Sachverhalt ein neues Licht. Sie umfaßte "neue Tatsachen" im Sinn der Revisionsvoraussetzungen[30].

ff) Die Invalidenversicherungskommission lehnte die Gewährung medizinischer Maßnahmen aufgrund von Art. 13 IVG[31] ab, weil die Versicherte nicht an einem Geburtsgebrechen leide. Einem neuen Gesuch um medizinische Maßnahmen bezüglich desselben Gebrechens kann unter dem Gesichtspunkt von Art. 13 IVG kein Erfolg beschieden sein, da ein für allemal entschieden ist, ob die Invalidität Geburtsgebrechen ist oder nicht. Dieser Entscheid ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 13 IVG absolut rechtsbeständig, da der ihm zugrundeliegende Sachverhalt a priori unveränderlich ist[32].

b) Sachverhalte, die sich zum Zeitpunkt eines im Rechtssatz umschriebenen Ereignisses verwirktlicht haben müssen

A priori unveränderlich ist ein Sachverhalt, wenn er sich zum Zeitpunkt eines im Rechtssatz (Tatbestand) umschriebenen Ereignisses verwirklicht haben muß. Alles,

---

30) BGE 71 I 101 ff

31) Art. 13 Abs. 1 IVG: "Minderjährige Versicherte haben Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Maßnahmen."

32) EVG 1968, S. 253; die Verfügung hatte sich zudem auch noch mit der Frage zu befassen, ob medizinische Maßnahmen gemäß Art. 12 IVG zu gewähren seien. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Sachverhalt veränderlich, vgl. 2.13 b hievor, S. 168

was sich nach diesem Ereignis zuträgt, ist nicht erhebliche Sachverhaltsveränderung. Die folgende willkürliche Auswahl von Beispielen soll das erläutern.

aa) Der Versicherungsfall als fixiertes Ereignis

Hauptsächliches Beispiel für ein derartig fixiertes Ereignis ist der Versicherungsfall.

aaa) Zum Zeitpunkt des Versicherungsfalls muß der von ihm Betroffene schon oder immer noch versichert sein.

Nach Art. 62 Abs. 1 KUVG beginnt die Versicherung z.B. "mit dem Beginn des Tages, an dem die Arbeit auf Grund der Anstellung angetreten wird oder hätte angetreten werden sollen, in jedem Fall aber mit Antritt des Weges zur Arbeit." Daß sich ein Unfall vor dem derart gesetzlich festgelegten Zeitpunkt des Versicherungsbeginns ereignet hat, ist unveränderliche Tatsache. Der Entscheid darüber ist absolut rechtsbeständig.

Die Versicherung endet nach Art. 62 Abs. 2 KUVG mit Ablauf des dreißigsten Tages nach dem Tage, an dem der Lohnanspruch aufhört. Daß sich ein Unfall (vor der) nach diesem Zeitpunkt zugetragen hat, wird durch die allfällige Ablehnung absolut rechtsbeständig festgestellt.

bbb) Analoges gilt z.B. hinsichtlich des Rentenanspruches des überlebenden Ehegatten. Die Ehe muß noch vor dem Unfall verkündet worden sein, die Trauung muß zudem beim Tod des Versicherten vollzogen sein. Erheblich ist hinsichtlich des Ausmaßes der Rentenberechtigung, daß die Ehe zum Zeitpunkt des Unfalls noch nicht rechtskräftig geschieden oder getrennt worden ist. Alle diese Tatsachen erweisen sich als a priori unveränderlich, weshalb auf sie gründende Ablehnungen absolut rechtsbeständig sind.

ccc) Das Recht der Hinterlassenenversicherung gewährt den Witwen Anspruch auf Witwenrenten, sofern die Witwen im Zeitpunkt ihrer Verwitwung das 45. Altersjahr zurückgelegt oder Kinder haben und mindestens 5 Jahre versichert gewesen sind[33]). Wurde die Rente abgelehnt, weil zum Zeitpunkt der Verwitwung keine der angeführten Voraussetzungen erfüllt war, ist die Ablehnung absolut rechtsbeständig.

ddd) Unveränderlich sind auch die Tatsachen, die ein Unfallereignis als nichtversicherten Unfall disquali-

---

33) Art. 23 AHVG

fizieren, so z.B. der Nichtbetriebsunfall, der den Versicherten anläßlich eines als Wagnis zu bezeichnenden Unternehmens trifft[34]).

eee) Das Eidg. Versicherungsgericht hatte sich mit den zwei folgenden Fällen zu befassen, in denen eine bestimmte Dauer der Beitragspflicht in der Schweiz vor dem Versicherungsfall Leistungsvoraussetzung war:

- Laut dem schweizerischen Vorbehalt zu Art. 24 Ziff. 1 lit. b des Flüchtlingsabkommens haben die in der Schweiz wohnenden Flüchtlinge "nach Leistung von Beiträgen während insgesamt mindestens eines vollen Jahres Anspruch auf ordentliche Alters- und Hinterlassenenrenten, sofern sie eine Aufenthaltsdauer in der Schweiz von zehn - wovon fünf Jahre unmittelbar und ununterbrochen vor dem Versicherungsfall - aufweisen".

  Einer Versicherten wurde die ordentliche Rente verweigert, weil die Aufenthaltsdauer in der Schweiz zu kurz gewesen sei. Strittig und erheblich war, ob Ferienaufenthalte mitgezählt werden können. Die Versicherte stellte erneut Antrag auf Rentenleistungen. Die Ausgleichskasse trat auf das wiederholte Gesuch ein und wies es erneut ab. Richtigerweise hätte sie einen Nichteintretensentscheid treffen müssen, da ein für allemal entschieden war, ob die gesetzlich geforderte Aufenthaltsdauer vor dem Versicherungsfall erreicht gewesen sei. Der einschlägige Sachverhalt ist a priori unveränderlich. Der neue Sachentscheid eröffnete erneut die Möglichkeit der Beschwerde an das Eidg. Versicherungsgericht. Dieses hatte zur Frage der Rechtsbeständigkeit indes keine Stellung genommen[35]).

- Aufgrund eines Abkommens über Sozialversicherungen mit der Bundesrepublik Deutschland haben deutsche Staatsangehörige, die der AHV unterstellt sind, unter den gleichen Bedingungen wie schweizerische Staatsangehörige Anspruch auf die ordentliche Rente dieser Versicherung, wenn sie bei Eintritt des Versicherungsfalls während insgesamt fünf Jahren Beiträge an die schweizerische AHV bezahlt haben. Unzweifelhaft kann es aber nicht allein auf die Dauer der Beitragsleistung, sondern vor allem auch auf die Dauer der Beitragspflicht bzw. der Berechtigung, Beiträge als Voraussetzung des Versicherungsschutzes zu entrichten, ankommen. Die Dauer dieser Berechtigung ist abhängig von der Dauer des Aufenthaltes bzw. der Anstellung in der Schweiz und im Falle der Beitragsentrichtung (bzw. Verrechnung) nach Eintritt des Versicherungsfalls (Nachzahlung) von der Dauer, für die Beiträge im nachhinein

---

34) Vgl. MAURER, A., S. 148 f
35) EVG 1960, S. 225 ff

noch nachbezahlt werden können, d.h. noch nicht verwirkt sind. Der Versicherte muß also während 5 Jahren vor dem Versicherungsfall beitragspflichtig gewesen sein oder es - im Falle der Nachzahlung - zum Zeitpunkt des Rentenentscheides für diese Dauer insgesamt noch sein. Die Dauer der Beitragspflicht kann sich nach Eintritt des Versicherungsfalls a priori nicht mehr verlängern, sondern - bei Nachzahlungsmöglichkeit - wegen fortlaufender Verwirkung nur noch verkürzen.

Das wäre m.E. die richtige rechtliche Ausgangslage für den zu besprechenden Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts[36] gewesen. Den Hinterlassenen des Versicherten wurden Renten abgesprochen und eine einmalige Abfindung ausbezahlt, weil der Versicherte nicht während fünf Jahren Beiträge bezahlt habe. Die Rentenverweigerung beruht daher auf einem a priori unveränderlichen Sachverhalt; sie ist absolut rechtsbeständig. Nachträglich machte der Arbeitgeber des Versicherten geltend, dieser habe schon 9 Monate vor dem erstmals angenommenen Zeitpunkt seine Arbeit bei ihm aufgenommen. Gleichzeitig wurden für diese Zeitdauer die Beiträge nachbezahlt. Das Sozialversicherungsgericht bezeichnete das Bekanntwerden des früher als anläßlich der ersten Ablehnung angenommenen Zeitpunktes des Arbeitsantritts und die erfolgte darauf bezogene Nachzahlung als "rechtlich bedeutende Änderung". Der Umstand, daß der Versicherte länger als in der ersten Verfügung angenommen in der Schweiz gearbeitet hat, kann als neu entdeckte Tatsache im Sinne des Neurechtsgrundes[37] geltend gemacht werden, soweit die weiteren Revisionsvoraussetzungen gegeben sind. Eine Sachverhaltsveränderung stellt er aber nicht dar, wie das Gericht anzunehmen scheint. Gleichfalls ist die Nachzahlung nach der ersten Ablehnung keine rechtserhebliche Sachverhaltsveränderung. Ob und in welchem Umfang eine Nachzahlung, d.h. Beitragszahlung nach dem Versicherungsfall, rechtlich möglich ist, hätte schon im ursprünglichen Rentenentscheid abgeklärt werden können oder sollen und wäre möglicherweise auch abgeklärt worden, wenn schon dazumal bekannt gewesen wäre, seit wann wirklich der Versicherte in der Schweiz gearbeitet hat. Obschon die Nachzahlung nach der ersten Rentenverweigerung erfolgte, bildet sie keine Sachverhaltsveränderung. Sie steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem nachträglichen Bekanntwerden des früheren Arbeitsantrittes und ist daher gleichfalls als "neu entdeckte Tatsache" zu behandeln.

---

36) EVG 1957, S. 44
37) Vgl. § 4 II, 2.2, S. 87

bb) Das Erreichen eines bestimmten Alters als fixiertes Ereignis

Kinder einer gebürtigen Schweizerin, die wenigstens zehn Jahre in der Schweiz gelebt haben, können erleichtert eingebürgert werden, wenn sie in der Schweiz wohnen und das Gesuch vor Vollendung des 22. Lebensjahres stellen[38]. Wird das Gesuch abgelehnt, weil es erst nach dem 22. Lebensjahr eingereicht worden sei, ist die ablehnende Verfügung absolut rechtsbeständig.

cc) Der Verlust des guten Glaubens als fixiertes Ereignis

Der Ausländer, der während fünf Jahren im guten Glauben gelebt hat, er sei Schweizerbürger, und während dieser Zeit von kantonalen oder Gemeindebehörden tatsächlich als solcher behandelt worden ist, kann erleichtert eingebürgert werden[39]. Wird die erleichterte Einbürgerung abgelehnt, weil der Antragsteller seinen guten Glauben vor Ablauf der 5 Jahre verloren habe, ist die Ablehnung absolut rechtsbeständig.

dd) Die Einreichung einer Volksinitiative als fixiertes Ereignis

Zum Zeitpunkt der Einreichung unveränderlich ist die Anzahl der gültigen Unterschriften einer Volksinitiative. Alle tatsächlichen Umstände, die entsprechend den Formvorschriften beim Unterschriftensammeln zusammentreffen und eine Unterschrift als gültig erscheinen lassen, sowie die vorgeschriebene Anzahl der gültigen Unterschriften müssen zum Zeitpunkt, da die Initiative der Bundeskanzlei eingereicht wird (fixiertes Ereignis), realisiert sein. Ist die notwendige Anzahl gültiger Unterschriften, gesammelt innert sechs Monaten, zum Zeitpunkt der Überreichung nicht ausgewiesen, so ist das Initiativbegehren nicht zustandegekommen und das Verfahren ist damit erledigt. Über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der fraglichen Unterschriften ist definitiv entschieden worden. Eine nachträgliche Ergänzung der gültigen oder eine nachträgliches Ersetzen der ungültigen Unterschriften ist unzulässig[40]. Eine neue Unterschriftensammlung mit demselben Begeh-

---

38) Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts, SR 141.0

39) Art. 29 Abs. 1 des Bürgerrechtsgesetzes, SR 141.0

40) Vgl. AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Bd. I, S. 147, N. 375

ren auf Verfassungsänderung stellt einen anderen Sachverhalt dar[41].

c) Verwirkung oder Verjährung

Erfolgte die Ablehnung, weil der Anspruch auf die beantragten Leistungen verwirkt oder verjährt sei, ist sie absolut rechtsbeständig.

aa) Der Verwirkung unterliegen z.B. Ansprüche auf Nachzahlung aus dem Invalidenversicherungsrecht. Der Anspruch auf Nachzahlung von Versicherungsleistungen erlischt mit dem Ablauf von fünf Jahren seit dem Ende des Monats, für welchen die Leistung geschuldet war[42].

bb) Wenn innerhalb 90 Tagen nach Veröffentlichung eines Bundesgesetzes oder Bundesbeschlusses Begehren um die Durchführung der Volksabstimmung zwar eingelangt sind, es sich aber infolge amtlicher Zusammenstellung und Prüfung erweist, daß dieselben weder von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern, noch von acht Kantonen unterstützt sind, weist die Bundeskanzlei die Begehren um Durchführung einer Volksabstimmung ab. Das ist eine absolut rechtskräftige negative Verfügung. Unterschriften können nach Ablauf der Referendumszeit nicht ergänzt oder durch gültige ersetzt werden. Eine absolut rechtsbeständige ablehnende Verfügung liegt auch vor, wenn die Durchführung der Volksabstimmung abgelehnt wird, weil das Referendumsbegehren zu spät eingereicht worden sei[43].

d) Verwandschaftsverhältnis

Ein Verwandtschaftsverhältnis bildet einen unveränderlichen Sachverhalt. Führt das Bestehen oder Nichtbestehen eines Verwandschaftsverhältnisses zur Ablehnung, so ist diese absolut rechtsbeständig.

Entsprechend müßte etwa folgender Sachverhalt, mit dem

---

41) Die Feststellung der Bundeskanzlei, daß eine Volksinitiative die nötige Anzahl gültiger Unterschriften nicht aufweise, stellt eine (negative) Verwaltungsverfügung dar, vgl. BGE 100 Ib 1; vgl. § 1 I, 2.1 k. Anzahl und Herkunft der Unterschriften sowie die für deren Gültigkeit erheblichen Umstände, unter denen diese gesammelt worden sind, stellen Sachverhaltselemente dar.

42) Art. 48 Abs. 1 IVG

43) Art. 7 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 1874 betreffend Volksabstimmungen über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, SR 162.2; Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 26. März 1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, SR 172.010; BGE 100 Ib 3 f, Analogie

sich das Bundesgericht zu befassen hatte, beurteilt werden[44]):

Ein Onkel und seine zwei Neffen, diese untereinander Brüder, tragen alle den Familiennamen Bürgi und bilden nunmehr zusammen die Kollektivgesellschaft, der vormals vier Brüder, einer davon der jetzige Onkel, angehört hatten. Die neuen Gesellschafter ersuchten das Handelsregisteramt, die bisherige Firma "Gebrüder Bürgi & Co." beibehalten zu können. Diesen Antrag lehnte das Amt ab mit der Begründung, nicht alle Gesellschafter seien gegenseitig Brüder; die Firma entspreche mithin nicht der Wahrheit und könne zu Täuschungen Anlaß geben.
Später gelangte die Gesellschaft erneut mit dem Antrag an das Amt, die bisherige Firma "Gebrüder Bürgi & Co." beibehalten zu können. Entscheidungserhebliches Sachverhaltselement stellt die Verwandtschaftsbeziehung der Gesellschafter unter sich dar, die a priori unveränderlich ist. Demzufolge ist die Ablehnung absolut rechtsbeständig. Träte z.B. der Onkel nachträglich aus der Gesellschaft aus, so stände im Falle eines neuen, gleichlautenden Gesuches (um Eintragung der Firma "Gebrüder Bürgi & Co.") ein vom früher beurteilten losgelösten Sachverhalt zur Diskussion, der nicht mit der erfolgten Ablehnung in Verbindung gebracht würde[45]), weshalb auch nicht deren Rechtsbeständigkeit berührt wäre.

Das Bundesgericht gelangte in diesem Beschwerdefall nicht zur eben dargestellten Fragestellung, sprach der ersten Ablehnung jegliche Rechtskraft ab und sah die Rechtsmittelfrist als eingehalten, weil sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die zweite, auf demselben Sachverhalt beruhende Ablehnung des Handelsregisteramtes richtete.

e) Indirekte Kosten für eine konkrete Maßnahme

Indirekte Kosten, z.B. Finanzierungskosten, für eine Zivilschutzmaßnahme bleiben a priori indirekte Kosten.

Nach Art. 69 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Zivilschutz[46]) leistet der Bund Beiträge an Zivilschutzmaßnahmen, die er verbindlich vorschreibt und die für die Betroffenen finanzielle Folgen haben. Dabei fragt sich etwa, ob die Aufwendungen für Zivilschutzmaßnahmen beitragsberechtigte oder bloß indirekte, nicht

---

44) BGE 60 I 49 ff
45) Vgl. § 10 I, S. 162
46) Bundesgesetz vom 23. März 1962 über den Zivilschutz, SR 520.1

beitragberechtigte Kosten sind[47]. Die Qualifikation einer konkreten Aufwendung als nicht beitragberechtigte Kosten hängt von einem bloß einmal sich verwirklichenden, unabänderlichen Sachverhalt ab[48]. Die entsprechende Ablehnung von Beiträgen ist daher absolut rechtsbeständig.

3.3 Die relative Rechtsbeständigkeit

3.31 Einleitung

Erfolgt die Ablehnung, weil ein Sachverhaltselement fehlt oder vorliegt, das im Rahmen des übrigen Sachverhalts nachträglich hinzutreten bzw. wegfallen kann (Kategorie b[49]) oder das veränderlich ist (sich aber nicht a priori zu verändern braucht) (Kategorie c[49]), ist ihre Rechtsbeständigkeit relativ. Die Rechtsbeständigkeit verläuft parallel zur faktischen Beständigkeit des ersetzlichen bzw. veränderlichen Sachverhaltselements, das zur Ablehnung geführt hat. Ist dieses Sachverhaltselement nachträglich hinzugetreten bzw. weggefallen oder hat es sich wesentlich verändert, steht das 'ne bis in idem' einem neuen Sachentscheid nicht mehr entgegen. Der neue Sachentscheid nimmt die Anpassung[50] des Rechtsverhältnisses an die neue Sachlage vor, spweit im Einzelfall nicht gewichtige Interessen gegen die Anpassung an den veränderten Sachverhalt sprechen. In letzterem Fall wirkt die Rechtsbeständigkeit über die nachträgliche Veränderung des Sachverhalts hinweg[51].

Die Veränderung des ehemals zur Ablehnung führenden Sachver-

---

47) Art. 106 Abs. 3 der Verordnung vom 21. März 1964 über den Zivilschutz, SR 520.11: "Nicht als beitragsberechtigte Kosten gelten kantonale und kommunale Abgaben und Gebühren sowie Kapitalzinsen."
48) Vgl. BGE 99 Ib 60 ff, wo streitig war, ob aufgewendete Baunebenkosten und Bauzinse beitragspflichtig seien.
49) Vgl. § 10 II, 3.1, S. 169
50) Vgl. IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Aufl. S. 271
51) Vgl. 4. hienach, S. 205

halts muß eine wesentliche sein. Jede geringfügige, unter dem Gesichtspunkt des materiellen Rechts im Hinblick auf die beantragte Begünstigung offensichtlich nicht ausschlaggebende Veränderung des entscheidungserheblichen Sachverhalts darf die Rechtsbeständigkeit der erfolgten Ablehnung nicht in Frage stellen.[52)]

3.32 Die relative Rechtsbeständigkeit beim Hinzutreten bzw. Wegfallen des bei der erfolgten Ablehnung fehlenden bzw. vorliegenden Sachverhaltselements (Kategorie b[53)])

Zur Diskussion steht hier nicht eine allmählich erfolgende, in ihren einzelnen Stufen kaum merkliche Veränderung. Das Hinzutreten oder Wegfallen des entscheidungserheblichen, begrifflich konzis erfaßbaren Sachverhaltselements ist vielmehr deutlich zu erkennen und der Einschnitt zwischen dem alten, beurteilten und dem neuen Sachverhalt offenkundig. Daher ist die Frage, ob der neue Sachverhalt sich vom beurteilten wesentlich unterscheide, nicht besonders zu stellen; sie beantwortet sich von selbst. Das soll anhand der folgenden, z.T. der Bundesgerichtspraxis entnommenen und z.T. konstruierten Beispiele erläutert werden. Die Auswahl der bis zur Unzahl vermehrbaren Beispiele erfolgte rein zufällig:

a) Verweigerung von Baubewilligungen

Dem Gesuchsteller wurde die Baubewilligung aus gewässerschutzpolizeilichen Gründen verweigert, weil die regelmäßige Leerung der geplanten Abwassergrube nicht gewährleistet war. Dazu äußert sich das Bundesgericht[54)] folgendermaßen: "Dem Beschwerdeführer ist nicht verwehrt, ein neues Bewilligungsgesuch zu stellen, sobald er einen Leerungsvertrag abgeschlossen hat, denn einem neuen Begehren könnte nicht entgegengehalten werden, die frühere Entscheidung sei in Rechtskraft erwachsen."

---

52) Eingehendere Begründung dieses Grundsatzes 3.332 hienach, S. 192

53) Vgl. 3.1 hievor, S. 170 f

54) BGE vom 3. Mai 1968 i. S. Scheibler c. Zürich, Regierungsrat, E. 6, nicht publ.

Zu derselben Frage in einem analogen Entscheid[55]:

"Kann mit milderen Maßnahmen die vom Gewässerschutzgesetz angestrebte Sauberkeit des ober- und unterirdischen Wassers im vorliegenden Fall nicht erreicht werden, so hat es bei dem von der Vorinstanz verfügten Bauverbot (Verweigerung der Baubewilligung) zu bleiben. Doch ist dieses Verbot nicht endgültig. Schlägt der Beschwerdeführer später beispielsweise eine geschlossene Grube vor, die ... in gewässerschutzpolizeilicher Hinsicht keine Bedenken ruft und deren Inhalt gemäß einer im Grundbuch eingetragenen Grundlast von einem Landwirt übernommen wird, dann müßte (...) die Baubewilligung - mit Auflagen und Bedingungen - nachträglich erteilt werden. Einem neuen Begehren des Beschwerdeführers könnte nicht entgegengehalten werden, die frühere Entscheidung sei in Rechtskraft erwachsen und sei daher unabänderlich (...)."

Den Ablehnungen der beiden Baugesuche ist relative Rechtsbeständigkeit eigen. Das Bundesgericht meint in den angeführten Entscheiden dasselbe.

Baubewilligungen sind gänzlich zu verweigern, wenn das Bauvorhaben außerhalb der Bauzone projektiert ist und kein Ausnahmegrund vorliegt[56]. Wird eine Baubewilligung deswegen verweigert, kann das Baugesuch später neu gestellt werden, wenn die Bauzone - hier entscheidungserhebliches Sachverhaltselement - nachträglich ausgedehnt wird, so daß das Grundstück des Gesuchstellers nun von ihr erfaßt wird. Das bedeutet insofern relative Rechtsbeständigkeit der Baubewilligungsverweigerung.

b) Wenn eine Anmeldung zur Eintragung ins Grundbuch den in Art. 11 bis 23 GBV0[57] aufgeführten Anordnungen nicht entspricht, ist die Eintragung zu verweigern. Diese Abweisung wird rechtskräftig, nachdem die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist[58]. Anhand der im Einzelfall maßgebenden Abweisungsgründe können hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit der Abweisung Beispiele formuliert werden:

aa) Der Anmeldende muß den Ausweis über sein Verfügungsrecht erbringen. Gelingt ihm dies nicht in erforderlicher Weise, wird die Eintragung ins Grundbuch ab-

---

55) BGE 94 I 500
56) Vgl. z.B. Art. 19/20 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung, SR 814.20
57) Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch, SR 211.432.1
58) Art. 24 Abs. 3 der Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch, SR 211.432.1

gelehnt. Daß der allenfalls vorgelegte Beleg den Anforderungen eines Ausweises entspricht, ist damit definitiv verneint worden. Später kann er die Anmeldung wiederholen, wenn er den erforderlichen Ausweis über die Verfügungsberechtigung nun erbringt. Art. 24 Abs. 3 GBVO, der die Ablehnung als rechtskräftig erklärt, steht dem nicht entgegen. Diese Bestimmung kann nur die relative Rechtsbeständigkeit der Abweisung babsichtigen.

bb) Zudem muß der Anmeldende den Ausweis über den Rechtsgrund der Eintragung erbringen. Ist z.B. ein Vertrag Rechtsgrund, muß er in den meisten Fällen öffentlich beurkundet sein, in anderen Fällen, z.B. bei Errichtung von Grunddienstbarkeiten durch Vertrag[59], genügt einfache Schriftlichkeit. Es kann z.B. streitig sein, ob ein Rechtsgrund öffentlich beurkundet sein müsse oder ob einfache Schriftlichkeit genüge[60]. Wird z.B. die Anmeldung einer vertraglich eingeräumten Nutznießung zur Eintragung abgewiesen, da auch der konkret in Frage stehende Nutznießungsvertrag entsprechend der allgemeinen Regel öffentlich beurkundet werden müsse und diese Voraussetzung der Grundbucheintragung nicht erfüllt sei, ist hinsichtlich dieser konkreten Rechtsfrage eine definitive Regelung getroffen worden. Die Abweisung der Anmeldung wird im Sinne von Art. 24 GBVO rechtskräftig. Ihre Rechtsbeständigkeit ist indessen relativ. Wird der Nutznießungsvertrag später öffentlich beurkundet, ist das ehemals fehlende und dadurch zur Abweisung führende Sachverhaltselement hinzugetreten und eine neue Sachentscheidung nunmehr zulässig.

cc) Gemäß Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 Ziff. 2 des Markenschutzgesetzes[61] ist der Markenschutz (Eintragung ins Markenregister) zu verweigern, wenn die Marken von ausländischen Unternehmen geführt werden und der Staat, in dem sie sich befinden, der Schweiz hinsichtlich des Markenschutzes nicht Gegenrecht hält oder wenn die Marke in jenem Staat nicht geschützt wird. Später kann sich der betr. Staat entscheiden, Gegenrecht zu halten bzw. es kann der Nachweis erbracht werden, daß die Marke dort nun geschützt wird. Insofern findet die Rechtsbeständigkeit der ersten Ablehnung eines Eintragungsgesuches ihre Grenzen.

---

59) Art. 732 ZGB
60) Vgl. BGE 100 Ib 121 ff
61) Bundesgesetz vom 26. September 1890 betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen, SR 232.11

3.33 Die relative Rechtsbeständigkeit bei allmählich sich verändernden Sachverhaltselementen

3.331 Erläuterung des Grundsatzes anhand von beispielsweise angeführten veränderlichen Sachverhaltselementen

War für die Ablehnung der momentane Zustand eines veränderlichen Sachverhaltselements maßgebend, das möglicherweise einer allmählichen, in den einzelnen Stufen kaum merklichen Veränderung unterliegt, ist die Rechtsbeständigkeit der Ablehnung ebenfalls entsprechend relativ. Im folgenden sollen hiefür Beispiele aus der Praxis des Bundesgerichts (einschließlich des Sozialversicherungsgerichts) und der Bundesbehörden angeführt werden. Die einzelnen Überschriften bezeichnen die a priori veränderlichen Sachverhaltselemente, entsprechend deren Veränderung sich die Rechtsbeständigkeit der Ablehnung verhält.

a) Die Invalidität

Wichtes Beispiel eines an sich veränderlichen und häufig labilen Sachverhaltselements ist der Gesundheitszustand im Hinblick auf den juristischen Begriff der Invalidität.

Die Invalidität ist die durch körperlichen oder geistigen Gesundheitsschaden verursachte, voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit[62]. Der Begriff der Erwerbsunfähigkeit stellt zur Diskussion, inwieweit der Geschädigte im Hinblick auf seinen Zustand noch erwerblich tätig sein, also verdienen könne[63].

Der Versicherte mag zunächst dauernde Beschwerden verspüren, ohne deswegen im geringsten in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt zu sein. Eine Invalidenrente kann ihm unter diesen Umständen nicht zugesprochen werden. Allmählich verschlimmert sich in der Folge sein Leiden. Die Verrichtung der täglichen Arbeit wird erschwert. Der Zustand verschlimmert sich im weiteren etwa derart, daß eine teilweise Erwerbsunfähigkeit eintritt. Jetzt ist gegebenenfalls der Anspruch auf

62) Vgl. Art. 4 IVG
63) MAURER, A., S. 218

eine Invalidenrente (ev. Teilrente) entstanden. Damit ist die Rechtsbeständigkeit einer früheren durch Verfügung ausgesprochenen Rentenverweigerung dahingefallen.

aa) Die Eidg. Pensionskommission wies ein Pensionsgesuch ab, weil keine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit und kein schwerer Integritätsschaden vorlägen. Später reichte der Versicherte ein neues Pensionsbegehren ein. Das Eidg. Versicherungsgericht[64] führt hiezu aus: Der Versicherte vermag "mit einem neuen Pensionsbegehren nur dann durchzudringen, wenn er sich auf einen andern als den seinerzeit beurteilten Tatbestand (gemeint Sachverhalt) stützen kann". Da die Ablehnung des Pensionsanspruches auf an sich veränderlichen Sachverhaltsmomenten (Erwerbsfähigkeit und Grad der Integrationsschäden) beruht, ist sie relativ rechtsbeständig. In casu hat sich der entscheidungserhebliche Sachverhalt nicht wesentlich verändert, weshalb sich die Rechtsbeständigkeit der erstmaligen Ablehnung noch auswirkt.

Das Gericht führt weiter aus: "Liegt die gleiche Grundkrankheit vor, so müssen gegenüber dem beurteilten Tatbestand entscheidende Änderungen eingetreten sein, ...". Die Rechtsbeständigkeit bezieht sich allein auf dieselbe Grundkrankheit. Eine andere Grundkrankheit hätte mit dem entschiedenen Sachverhalt nichts zu tun[65].

bb) Im Zuspruch einer teilweisen Invalidenrente ist die relativ rechtsbeständige Ablehnung einer höheren Rente enthalten. In casu wies die Pensionskommission ein später gestelltes Rentenerhöhungsgesuch ab, da die geringfügige Verschlimmerung der Invalidität nicht eine wesentliche ("erhebliche") Sachverhaltsveränderung sei. Mithin war die relative Rechtsbeständigkeit der ersten Rentenfestsetzung nicht beseitigt[66].

b) Das Krankheitsbild

Einer minderjährigen Versicherten wurden medizinische Eingliederungsmaßnahmen (nach Art. 12 IVG) verweigert, offenbar - das Urteil gibt darüber keine klare Auskunft - weil noch labiles pathologisches Geschehen vorlag und die unverzügliche Durchführung der Maßnahme aus medizinischen sowie aus beruflichen Gründen nicht erforderlich war. Grundsätzlich können medizinische Eingliederungsmaßnahmen nur gewährt werden, wenn diese unmittelbar auf die Beseitigung oder Korrektur relativ stabiler Defektzustände oder Funktionsausfälle gerichtet sind. Nichterwerbstätige Minderjährige haben auch

64) EVG 1960, S. 11 f
65) Vgl. § 10 I, S. 162
66) EVG 1946, S. 41 ff; analoges Beispiel EVG 1944, S. 3

bei unstabilem Krankheitsbild Anspruch auf medizinische Eingliederungsmaßnahmen, wenn diese hinsichtlich der Erwerbsfähigkeit aus medizinischen oder beruflichen Gründen notwendig sind. Das zur Ablehnung führende Sachverhaltselement (labiler Krankheitszustand, der zudem die unverzügliche Durchführung einer Eingliederungsmaßnahme aus medizinischen oder beruflichen Gründen nicht erforderlich macht) ist offensichtlich veränderlich. Der Krankheitszustand kann sich im späteren Verlaufe stabilisieren oder derart verändern, daß medizinische Maßnahmen unverzüglich notwendig werden. Die Ablehnung von Eingliederungsmaßnahmen unter dem Gesichtspunkt von Art. 13 IVG ist relativ rechtsbeständig[67] [68].

c) Grad der Hilflosigkeit

Nach Art 43 des AHVG erhalten in schwerem Grade Hilflose eine Hilflosenentschädigung. Der Grad der Hilflosigkeit als entscheidungserhebliches Sachverhaltselement kann sich im Laufe der Zeit von einem unter dem Gesichtspunkt der einschlägigen Bestimmung unerheblichen zu einem anspruchsbegründenden erschweren. "Sollte der Grad der Hilflosigkeit in letzter Zeit (während des Beschwerdeverfahrens) erheblich zugenommen haben, so wird sich die Verwaltung auf neue Anmeldung hin erneut mit der Sache zu befassen haben; der Beschwerdeführerin bleiben daher auch nach Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde alle Rechte gewahrt."[69]

d) Höhe des Einkommens und Vermögens

Nach Art. 42 AHVG hatten Versicherte unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf eine Übergangsrente[70], wenn ihr Einkommen und ihr Vermögen eine bestimmte Höhe nicht erreichen. Diese Einkommens- und Vermögenslage unterliegt der Veränderung; sie kann im Laufe der Zeit von einer den Anspruch auf Übergangsrente ausschließenden Höhe sinken, so daß der Anspruch im Nachhinein ex nunc entsteht. Art. 59 Abs. 3 AHVV bestimmt, daß bei jeder wesentlichen Verminderung des Einkommens oder Vermögens des Berechtigten die Rente entsprechend den neuen Verhältnissen festzusetzen sei[71].

---

67) Nicht aber die Ablehnung unter dem Gesichtspunkt von Art. 12 IVG, vgl. 3.2 a) ff hievor
68) EVG 1968, S. 253
69) BGE 98 V 26
70) Heute ersetzt durch die "außerordentliche Rente", vgl. Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 betreffend Änderung des AHVG, AS 1959, S. 854
71) Vgl. EVG 1950, S. 68 ff

e) Dauer und Innigkeit eines Pflegeverhältnisses

Der Regierungsrat wies ein Gesuch um Namensänderung für ein Pflegekind, das zugleich außereheliches Kind des Pflegevaters war, ab. Mit der Namensänderung sollte die Anpassung an den Namen der Pflegeeltern erreicht werden. Gemäß Art. 30 ZGB können Namensänderungen bewilligt werden, wenn wichtige Gründe dafür vorliegen. Unter dem Gesichtspunkt der wichtigen Gründe ist die Dauer und Innigkeit des Pflegeverhältnisses und die Unmöglichkeit, die Namensanpassung auf dem Wege der Adoption zu erreichen, maßgebend. Zudem spielt auch das Verhältnis des Pflegekindes zur leiblichen Mutter eine Rolle. Diese Sachverhaltsmerkmale unterliegen - mit Ausnahme der Adoptionsmöglichkeit - der allmählichen Veränderung: Das Pflegeverhältnis dauert an und kann inniger werden; andererseits besteht die Möglichkeit, daß sich das Pflegekind im Laufe der Zeit völlig von seiner leiblichen Mutter entfremdet. Nach Maßgabe dieser Veränderungen ist die Rechtsbeständigkeit der die Namensänderung abweisenden Verfügung zu beurteilen, wobei die Grenze nicht exakt gezogen werden kann, weil der Gesetzesbegriff "wichtige Gründe" äußerst unbestimmt ist.

In casu hat der Regierungsrat ein wiederholtes Namensänderungsgesuch erneut materiell behandelt und abgewiesen, ohne daß von Seiten des Gesuchstellers eine Sachverhaltsveränderung nachgewiesen worden ist. Insofern wurde die Rechtskraft der ersten Ablehnung nicht beachtet oder implizite verneint. Das Bundesgericht hat eine Willkürbeschwerde gegen die erneute Verweigerung geschützt. Mit der Rechtsbeständigkeit der ersten Ablehnung hatte es sich nicht zu befassen[72].

f) Verhalten eines Verwahrten

Der Regierungsrat trat auf ein zweites, nach erstmaliger Ablehnung gestelltes Gesuch um Entlassung aus der Verwahrung nicht ein. Die Behörde verfügt auf das Ende einer Mindestdauer die bedingte Entlassung, wenn sie annimmt, die Verwahrung sei nicht mehr nötig[73]. Maßgebend ist das Verhalten des Verwahrten. Unter dem Gesichtspunkt der entsprechenden Kriterien ist der erhebliche Sachverhalt allmählich veränderlich. Der Regierungsrat mußte daher auf ein Wiedererwägungsgesuch

---

72) BGE 70 I 220
73) Art. 42 Ziff. 4 Abs. 2 StGB

nicht eintreten, da sich die Rechtsbeständigkeit der erfolgten Ablehnung noch auswirkt[74].

g) Öffentliches Bedürfnis für ein neues, der Bedürnisklausel unterstelltes Gewerbe

aa) Die Bewilligung zum Betrieb einer geistige Getränke ausschenkenden Wirtschaft ist meist von der Bedürfnisklausel abhängig. Derartige Bewilligungen sind zu verweigern, wenn an einem Ort die Zahl der bestehenden Wirtschaften so groß ist, daß eine Vermehrung für das öffentliche Wohl offenbare Nachteile bringen würde. Veränderliche Sachverhalte sind hier die Anzahl Wirtschaften sowie die Bevölkerungsdichte.

In casu hat der Regierungsrat die Bewilligung für eine neue Kleinverkaufsstelle verweigert, weil er solche Kleinverkaufsstellen den Wirtschaften gleichstellte und ein Bedürfnis verneinte.

Auf ein Wiedererwägungsgesuch trat der Regierungsrat ein, wies es aber in der Sache erneut ab. Im Vordergrund stand die Frage, ob Kleinverkaufsstellen mit Wirtschaften gleichgestellt werden könnten und ob sie daher auch den Einschränkungen der Bedürfnisklausel unterständen. Im Sachverhalt hat sich seit der ersten Verweigerung nichts geändert, weshalb ihre Rechtsbeständigkeit, indem ein neuer Sachentscheid getroffen worden war, unbeachtet blieb. Die erstmalige Verweigerung hat die entscheidende Rechtsfrage, ob Kleinverkaufsstellen für geistige Getränke auch der Bedürfnisklausel unterständen, zu wenig fundiert erwogen. Dem Grundsatz 'ne bis in idem' widerspricht es, diesbezüglich neu zu argumentieren, es sei denn, man wolle wegen der offensichtlichen Unterdrückung einer wesentlichen Rechtsfrage anläßlich der ersten Ablehnung Nichtigkeit derselben annehmen[75]. Das Bundesgericht hatte sich zur Rechtskraft bzw. Rechtsbeständigkeit der ersten Ablehnung nicht zu äußern, da der Regierungsrat auf das zweite Gesuch ohne weiteres eingetreten war und erneut einen ablehnenden Sachentscheid getroffen hatte[76].

bb) Die Veränderung des öffentlichen Bedürfnisses an einem neuen Kino stand unter dem Gesichtspunkt der Rechtsbeständigkeit einer Bewilligungsverweigerung in einem weiteren Bundesgerichtsentscheid zur Diskussion[77]:

"A part cela, le recourant ne prétendait pas que les

74) VEB 1966 - 1967, S. 41
75) Vgl. § 5 II, S. 95 f
76) BGE 83 I 242 ff
77) BGE 100 Ib 373

circonstances avaient changé de manière notable depuis la première décision; tout au plus précisait-il que 'le préavis au Groupement des cinémas du canton du Valais n'est aujourd'hui guère défavorable à l'ouverture de ce cinéma', que 'les autorités communales s'y sont intéressées' et parlait-il des 'besoins toujours accrus de la station de Zermatt qui me poussent à élargir ainsi le contenu de ma demande', sans d'ailleurs appuyer ses allégations par des offers de preuve." Daher wirkte sich die Rechtsbeständigkeit der erfolgten Ablehnung aus.

h) Differenzierungsvermögen des Publikums

Das kantonale Gesundheitsamt wies den Antrag ab, mit dem der Gesuchsteller beantragte, den Titel eines Doktors der Chiropraktik führen zu dürfen. Diese Ablehnung wurde damit begründet, daß sich die heilungssuchenden Kranken unrichtige Vorstellungen über die Vorbildung und Befugnisse des Trägers dieses Titels machen könnten. Entscheidungserhebliches Sachverhaltselement ist somit das entsprechende Differenzierungsvermögen der Bevölkerung. Dieses kann sich im Laufe der Zeit wesentlich verfeinern. Insofern ist die Ablehnung relativ rechtsbeständig. Das Bundesgericht hat in casu den Nichteintretensentscheid der kantonalen Instanz geschützt, da sich der entscheidungserhebliche Sachverhalt nicht verändert habe[78].

3.332 Die wesentliche Sachverhaltsveränderung bei allmählicher Veränderung des erstmals zur Ablehnung führenden Sachverhaltselements

Wo eine allmähliche, in ihren einzelnen Stufen kaum merkliche Veränderung des Sachverhalts zur Diskussion steht, ist es mitunter schwierig, die Ausdehnung der Rechtsbeständigkeit einer Verfügung zu begrenzen.

Nicht an jede geringfügige Veränderung eines an sich mehr oder weniger labilen Zustandes kann die rechtliche Folge geknüpft werden, daß eine erfolgte rechtskräftige Ablehnung jeweils stets wieder in Frage gestellt werden muß.

78) BGE vom 13. März 1963, publ. in ZBl 1963, S. 302 ff

Die Möglichkeit ständiger Anpassung der Verfügung an den ihr zugrundeliegenden labilen Sachverhalt würde die an sich relative Rechtsbeständigkeit derart beeinträchtigen, daß vom eigentlichen Gehalt des 'ne bis in idem' nichts mehr übrig bliebe; die Regelungswirkung des Entscheides wäre kaum erkennbar. Da eine derartige Unsicherheit mittels des Verwaltungsaktes überbrückt werden soll[79], ist als Voraussetzung einer neuen Sachentscheidung eine wesentliche Veränderung des entscheidungserheblichen Sachverhaltselements zu fordern[80].

> Rechtsbeständigkeit komme - so BULLINGER[81] - für solche Verwaltungsakte nicht in Betracht, die auf eine derart variable Sachlage bezogen seien, daß sie von vorneherein nur vorläufigen Charakter trügen. Die Möglichkeit der Änderung der den Verwaltungsakt tragenden Sachlage sei hier so stark, daß der Nachweis, je auch nur die subtantiierte Behauptung einer solchen Änderung für einen neuen Antrag des Betroffenen nicht verlangt zu werden brauche.
>
> Derart wären die betreffenden Verwaltungsakte ihrer Regelungsfunktion enthoben, was sie als bloß unverbindliche Erklärungen erscheinen ließe. Die Verwaltung ist indessen häufig selbst dort auf die Regelung des Einzelfalls angewiesen, wo ein labiler Sachverhalt vorliegt und die Rechtsbeständigkeit möglicherweise nur kurze Zeit dauert[82].

Daß für eine neue Sachentscheidung eine wesentliche Sachverhaltsveränderung Voraussetzung ist, wird auch im Zivilprozeß anerkannt.

> Diesbezüglich führt KUMMER[83] folgendes aus:
>
> "Nach dem ausgeführten könnte das nun aber, sofern im ersten Prozeß ein für die Rechtsfolge beinahe genügen-

---

79) Vgl. § 2 II 1.1, S. 26
80) KUMMER, Klagerecht, S. 133, verlangt beim Zivilurteil eine "gewisse Erheblichkeit" der Veränderung im Rahmen des Gesamttatbestandes
81) BULLINGER, S. 469, r. Sp.
82) Vgl. zu den Fällen, wo die Verwaltung bei labilen und auch bei schwierig festzustellenden Sachverhalten auf eine stabile Regelung angewiesen ist und sich der Gesetzgeber dieses Problems angenommen hat, 3.42 hienach
83) KUMMER, Klagerecht, S. 133

> der Sachverhalt vorgelgen hätte, schon dann der Fall sein, wenn der Kläger aus der Zeit nach jenem Urteil nur eine kleine tatbeständliche Ergänzung beifügt, eben nur gerade so viel, als damals für den Zuspruch der Klage noch fehlte. Denn der Sachverhalt wächst nur allmählich in die Übereinstimmung mit dem Gesetzestatbestand hinein, gleichsam als dem Grenzwert einer stetigen Entwicklung, und der letzte Schritt bis zur Erfüllung desselben könnte daher ein beliebig kleiner sein. Allein, wie unverkennbar ist, würden solche Überlegungen den praktischen Bedürfnissen niemals gerecht. Denn einmal enthält das erste Urteil keine mathematisch erfaßbaren Werte, die festzustellen ließen, ein wie kleines weiteres Vorbringen genügt, um den Gesetzestatbestand zu erreichen. Zum zweiten vermöchten die Urteile auch ein Mindestmaß von Rechtsgewißheit nicht mehr herbeizuführen, wenn die Rechtskraft bereits bei Vorliegen nur eines unbedeutenden tatbeständlichen Zusatzes aus der Zeit nach dem Urteil ausgeschaltet würde."

Daß auch hinsichtlich der Verwaltungsakte eine wesentliche, d.h. nicht bloß "geringfügige" Veränderung des Sachverhalts für eine neue Sachentscheidung Voraussetzung ist, zeigt das folgende, der Praxis des Eidg. Versicherungsgerichts[84] entnommene Beispiel:

> Es geht dabei um die Begründung eines Pensionsanspruches nach früher erfolgter Ablehnung desselben:
>
> "Die eher geringfügige Zunahme des körperlichen Nachteils hat zweifellos keine weitergehenden Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit des Versicherten als dies früher der Fall war. Soweit aber eine solche Auswirkung bereits früher bestand, wurde sie rechtskräftig als nicht beachtlich beurteilt ...".

Im Zuspruch einer Teilrente ist die Ablehnung des restlichen Teils enthalten[85]. Der Bestand dieser Ablehnung hängt von der weiteren Entwicklung des Krankheitszustandes auf den Grad der Erwerbsfähigkeit ab. Daß für die Revision der Rente eine erhebliche Invaliditätsveränderung eingetreten sein muß, hat sich in den Sozialversicherungsgesetzen je in einer besonderen

---

84) EVG 1960, S. 12
85) Vgl. § 1 I, 2.2, S. 5

Bestimmung über die Rentenrevision[86] niedergeschlagen:

> "Wird die Erwerbsunfähigkeit nach Festsetzung der Rente erheblich größer oder geringer, so tritt für die Folgezeit eine entsprechende Erhöhung oder Verminderung der Rente oder deren Aufhebung ein."[87]

Die genannten Bestimmungen erfassen auch die Fälle, in denen sich der Gesundheitszustand des Versicherten bessert und demzufolge die Herabsetzung oder Aufhebung der Rente veranlaßt werden kann. In diesen Fällen geht es nicht um die Rechtsbeständigkeit einer (teilweisen) Ablehnung, sondern um diejenige eines Rentenzuspruchs. Hingegen treffen sie ihrem Wortlaut nach nicht auf die ursprünglich gänzliche Ablehnung einer Rente wegen geringfügiger und daher unbeachtlicher Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes zu[88]. Doch sind die Voraussetzungen eines neuen Rentenbegehrens nach vorgängig gänzlicher Ablehnung von den Voraussetzungen einer Rentenrevision gemäß den erwähnten Bestimmungen[89] "nicht sehr verschieden; sofern der körperliche oder psychische Nachteil des Versicherten erheblich größer geworden ist, steht auch ein früherer rechtskräftiger Entscheid über die Ablehnung von Versicherungsleistungen der erneuten Geltendmachung dieser Leistung in der Regel nicht mehr entgegen."[90]

---

86) Der hier verwendete Begriff der Revision ist nicht zu verwechseln mit der Revision als dem Tatbestand der Wiederaufnahme (Neurechtsgrund); hier geht es um die Revision als Anpassung (ex nunc) der Rente an den neuen Sachverhalt (Invaliditätsgrad) und nicht um die Berichtigung (ex tunc) einer fehlerhaften Verfügung wegen ursprünglich fehlerhafter Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, vgl. § 4 I; S. 77 ff, GYSIN, S. 13

87) Art. 80 Abs. 1 KUVG; Art. 26 MVG enthält eine analoge Regelung; Art. 41 IVG spricht von der Änderung des Invaliditätsgrades in einer für den Anspruch erheblichen Weise.

88) EVG 1960, S. 12

89) Art. 80 KUVG; Art. 26 MVG; Art. 41 IVG

90) EVG 1960, S. 12

Das Eidg. Versicherungsgericht hat z.B. eine 5 %ige Erhöhung der Invalidität nicht als wesentliche Sachverhaltsveränderung gewertet:

> "Nach Art. 30 MVG kann denn auch einem Begehren um Revision nur dann stattgegeben werden, wenn im körperlichen Zustand des Berufungsklägers seit der erstmaligen Rentenfestsetzung erhebliche Veränderungen eingetreten sind. Eine Erhöhung der Invalidität um wenige Prozente erweist sich dabei als um so weniger relevant, je größer die Grundinvalidität ist. So hat das Gericht in seinem Entscheid vom 6. März 1929 i.S. Iten die Voraussetzung der Revision bei einer Erhöhung der Invalidität von 50 % um 5 % auf 55 % als nicht gegeben erachtet."91)

Zusammenfassend soll festgehalten werden, daß nur eine wesentliche Sachverhaltsveränderung die Rechtsbeständigkeit einer erfolgten Ablehnung zu entkräften vermag. Diesem Erfordernis kommt über die diesbezüglich ausdrücklichen Gesetzesregelungen[92] hinaus überall dort generelle Bedeutung zu, wo ein allmählicher Veränderung unterliegendes Sachverhaltselement in Frage steht und die einzelnen winzigen Stufen der Veränderung kaum festzustellen sind.

3.333 Die Sachverhaltsveränderung als Kriterium der Eintretensfrage

Die Sachverhaltsveränderung ist zunächst im Vergleich mit der früheren Sachverhaltsfeststellung, die im Eintretensstadium nicht zu überprüfen ist, selbständig festzustellen und zu wägen[93]. Sie muß als solche gewogen werden, indem sie in Beziehung zu den Argumenten gesetzt wird, die zur Ablehnung führten. Fällt sie dabei derart ins Gewicht, daß durch sie die ursprüngliche Argumentation in Frage gestellt werden muß, kann dem Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse an einem neuen Sachentscheid nicht abgesprochen werden.

---

91) EVG 1946, S. 43
92) Art. 80 KUVG; Art. 26 MVG; Art. 41 IVG
93) Vgl. KUMMER, Klagerecht, S. 135

Erreicht eine (minime) Veränderung im Rahmen der Vorprüfung nicht diese Bedeutung, ist ein neuer Sachentscheid wegen res iudicata (Sachverhaltsidentität) zu verweigern (Nichteintretensentscheid). Das "Noch-nicht-entschieden-sein" der Angelegenheit ist Verfahrens- bzw. Prozeßvoraussetzung (Sachentscheidsvoraussetzung)[94]; mithin liegt auch die Frage, ob eine schon entschiedene Sache vorliege, auf der Ebene des Verfahrensrechts[95].

Das Vorliegen einer wesentlichen Veränderung indes öffnet den Weg zu einem neuen Sachentscheid ex nunc.

Wesentlich ist eine Sachverhaltsveränderung nach dem eben Ausgeführten dann, wenn durch sie die ursprüngliche Argumentation in Frage gestellt werden muß. Indem die Sachverhalts-

---

94) Vgl. KUMMER, Grundriß, S. 74: "Die gleiche Sache darf nicht bereits rechtshängig oder mit Rechtskraft beurteilt sein".

95) Insofern erscheinen die folgenden Ausführungen KUMMERS, Klagerecht, S. 135, methodisch nicht ganz folgerichtig: Beim Fehlschlagen des Beweises einer Sachverhaltsveränderung, d.h. allein dessen, was nach dem ersten Urteil hinzugekommen ist, müsse das erste Urteil maßgebend bleiben. "Diesfalls ist die Klage indessen nicht wegen der Rechtskraftwirkung von der Hand zu weisen, sondern als sachlich unbegründet abzuweisen. Nur dadurch schafft das Urteil Rechtskraft für diesen behaupteten Anspruch in seiner Individualisierung durch den gesamten behaupteten Sachverhalt, und erst jetzt ist klargestellt, daß der Kläger nicht auf eine neue, gleiche Klage hin nochmals zum Beweis über diese seine Sachbehauptungen, namentlich soweit sie sich auf den Zeitpunkt nach dem ersten Urteil beziehen, zugelassen werden kann." M.E. muß jedoch im gegebenen Fall verfahrensrechtlich folgerichtig ein Nichteintretensentscheid erfolgen, weil Identität des entschiedenen mit dem zu entscheidenden Sachverhalt vorliegt. Auch ein Nichteintretensentscheid erwächst in Rechtskraft und kann die von KUMMER angeführte Funktion zusammen mit dem ersten Sachurteil übernehmen.

veränderung im Eintretensstadium derart verselbständigt bewertet wird, läßt sich die verfahrensrechtliche Frage nach der Sachverhaltsidentität von der materiellrechtlichen Frage nach der nunmehrigen Anspruchsbegründung trennen. Diese Trennung wäre nicht vollzogen, wenn nach einer behaupteten Sachverhaltsveränderung unvermittelt der gesamte Sachverhalt, einschließlich des im ersten Entscheid bereits als rechtserheblich erklärten, festgestellt würde. Die neue Sachentscheidung wird nach der selbständigen Feststellung einer wesentlichen Sachverhaltsveränderung allerdings in der Regel die (ev. teilweise) Gutheißung des Antrages enthalten. Immerhin ist nach dem Gesagten der Fall denkbar, daß eine wesentliche Sachverhaltsveränderung bejaht und somit der Weg zu einer neuen Sachentscheidung geöffnet wird, der gegenüber dem ersten Entscheid keine Änderung in der Rechtsfolge begründet, z.B. erneut eine Ablehnung des Antrages enthält. Das Erfordernis einer wesentlichen Veränderung des entscheidungserheblichen Sachverhaltselements soll nicht bedeuten, daß nur solche Veränderungen als wesentlich in Betracht fallen können, die Gewißheit darüber verschaffen, daß der veränderte Sachverhalt den im Antrag geltend gemachten Anspruch (z.B. auf eine Invalidenrente oder auf Erhöhung der Rente) nunmehr tatsächlich begründe. Um den Anspruch aufgrund der veränderten Sachlage feststellen zu können, bedarf es eines entsprechenden Sachentscheides, dem im Rahmen der Frage nach der Sachverhaltsindentität nicht vorgegriffen werden kann, ohne diese verfahrensrechtliche Frage mit der materiell-rechtlichen Anspruchsbegründung in methodisch unzulässiger Weise zu vermischen[96]. In dieser Richtung weist der folgende Passus aus einem Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts[97]:

---

96) Vgl. die analogen Ausführungen unter dem Gesichtspunkt der Antragsidentität, § 9 IV, 3, S. 137 f

97) EVG 1957, S. 43

"Erheblich sind nicht nur Momente, die zu einer Änderung der rechtlichen Folgen führen müssen, sondern auch solche, die dazu führen können, d.h. beim Richter (oder bei der Verwaltungsbehörde) ins Gewicht fallen, mögen sie sein Urteil schließlich beeinflussen oder nicht."[98]

Ein anderer Entscheid[99] hatte sich mit der Rechtsbeständigkeit einer Verfügung zu befassen, durch die medizinische Eingliederungsmaßnahmen abgelehnt worden waren, die nach Art. 12 IVG nur beansprucht werden können, wenn sie nicht auf die Behandlung des Leidens an sich, sondern unmittelbar auf die berufliche Eingliederung gerichtet und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit dauernd oder wesentlich zu verbessern oder vor wesentlichen Beeinträchtigungen zu bewahren. Die erstmals beanspruchte Eingliederungsmaßnahme hätte der Behandlung des Leidens an sich gedient. Mittlerweile mußte sich die Versicherte verschiedenen operativen Eingriffen unterziehen. "Allein schon die Tatsache, daß die Versicherte sich verschiedenen operativen Eingriffen unterziehen mußte, bildete eine beachtliche Änderung des Sachverhaltes (...)." Das Gericht prüfte nicht näher, ob die Sachverhaltsveränderung tatsächlich einen anderslautenden Sachentscheid zuließ, sondern sah die Rechtsbeständigkeit der ersten Ablehnung schon dadurch beseitigt, daß ein neuer zusprechender Sachentscheid nun möglich ist, wohl weil sich das Krankheitsbild durch die nachträglichen Operationen vermutlich stabilisiert hat und daher nicht mehr die Behandlung des Leidens an sich in Frage stand.

Ob sich der Sachverhalt wesentlich verändert habe, kann natürlich - wie bereits angetönt - nicht ohne Kenntnis der anläßlich der ersten Ablehnung getroffenen Sachverhaltsfeststellung beantwortet werden. Die Richtigkeit der ersten Sachverhaltsfeststellung darf jedoch im Rahmen der Frage nach der

---

98) In casu stand indessen bei richtiger Betrachtung - entgegen den nicht ganz klaren Ausführungen des Gerichts - ein Neurechtsgrund zur Diskussion, vgl. § 5 II, 2.2 Zudem kann nur die wesentliche Veränderung des anläßlich der erfolgten Ablehnung entscheidungserheblichen Sachverhaltselements eine Anpassung erforderlich machen, vgl. 2.1 hievor. Das wird im angeführten Entscheid zu wenig präzis ausgedrückt.

99) EVG 1968, S. 253

Sachverhaltsidentiät nicht mehr zur Diskussion gestellt werden:

> "Die Rentenrevision setzt eine tatsächliche erhebliche Änderung des Invaliditätsgrades voraus und kann nicht dadurch erreicht werden, daß die Richtigkeit früherer rechtskräftiger Rentenbemessungen neuerdings zur Diskussion gestellt wird."[100]

> "Die eher geringfügige Zunahme des körperlichen Nachteils hat zweifellos keine weitergehenden Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit ... ." - "Ob diese Beurteilung der Erwerbsfähigkeit richtig war, darf heute nicht mehr überprüft werden; ...".[101]

Daß die eben dargestellte Trennung der Eintretensfrage (Frage nach der Sachverhaltsidentität) von der Frage nach der materiellen Anspruchsbegründung möglich sei, verneint das Bundesgericht im folgenden Passus eines Entscheides[102]:

> "Wenn die Vorinstanz in ihren Erwägungen erklärt, sie trete auf Wiedererwägungsgesuche nur ein, falls neue erhebliche Tatsachen[103] nachgewiesen werden, was hier nicht zutreffe, so ist dem gegenüber zu bemerken, daß die Frage, ob die erwähnte Voraussetzung erfüllt sei, d.h. ob man es mit neuen erheblichen Tatsachen zu tun habe, ohne Eintreten auf die Sache selbst gar nicht geprüft werden kann."

Diesen Ausführungen, die in der nachfolgenden Rechtsprechung nirgends mehr aufgegriffen werden, kann nicht zugestimmt werden. Zutreffend ist allerdings, daß die verfahrensrechtliche Frage, ob Identität des Verfügungsgegenstandes vorliege, nicht ohne Feststellung der Sachverhaltsveränderung, d.h. des Vergleichs des angeblich wesentlich veränderten Sachverhalts mit dem ehemals festgestellten Sachverhalt, beantwortet werden kann. Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gehört ihrem Wesen nach zur materiell-rechtli-

---

100) EVG 1944, S. 3
101) EVG 1960, S. 12
102) BGE 83 I 33
103) Offen bleibt, ob neue erhebliche Tatsachen im Sinne des Neurechtsgrundes, eine nachträgliche Sachverhaltsveränderung oder gleichzeitig beide Tatbestände gemeint sind.

chen Sachentscheidung. Nichtsdestoweniger ist die Feststellung der Sachverhaltsveränderung ihrer Funktion entsprechend zunächst verfahrensrechtliche Eintretensfrage. Wird eine wesentliche Sachverhaltsveränderung verneint, so heißt das, daß die Sache materiell schon entschieden ist, was zu einem Nichteintretensentscheid führen muß.

3.4 Fälle zeitlich fixierter Rechtsbeständigkeit

3.41 Einleitung

Häufig können wesentliche Sachverhaltsveränderungen nicht exakt festgestellt werden, da der Sachverhalt nur annähernd erkannt werden kann und er zudem dauernder Veränderung unterliegt, die in ihrem Ausmaß nur nach Ablauf einer gewissen Dauer eindeutig feststellbar ist. Die Möglichkeit ständiger Anpassung der Verfügung an den ihr zugrundeliegenden labilen Sachverhalt würde die an sich relative Rechtsbeständigkeit derart beeinträchtigen, daß von deren eigentlichem Gehalt nichts mehr übrig bliebe und die Regelungswirkung des Entscheids kaum bemerkbar wäre. Um dennoch eine gewisse Stabilität der Entscheidung und auch praktikable Grenzen der Rechtsbeständigkeit zu gewinnen, wird die Zulässigkeit der Anpassung vielfach in Rechtssätzen vom Ablauf einer bestimmten Frist abhängig gemacht. Dadurch wird die Rechtsbeständigkeit zeitlich klar fixiert und ein nachträglich allfällig eintretendes Auseinanderklaffen zwischen Sachverhalt und Entscheidung für diese Dauer in Kauf genommen.

3.42 Die revisionsfreien Zeiten

Ein Beispiel für die zeitliche Fixierung der Rechtsbeständigkeit findet sich im Kranken- und Unfallversicherungsgesetz[104], wo bestimmt wird, daß die Invalidenrente während der ersten

104) Art. 80 Abs. 2 KUVG

drei Jahre nach ihrer Festsetzung jederzeit, in der Folge aber nur noch bei Ablauf des sechsten und des neunten Jahres revidiert, d.h. angepaßt, werden könne. Die sog. revisionsfreien Zeiten nach dem dritten bis zum sechsten und vom sechsten bis zum neunten Jahr und in der Folgezeit (grundsätzlich bis ans Lebensende) bewirkt einen hohen Grad an Rechtsbeständigkeit und somit eine rigorose Stabilität des Rentenentscheids. Diese Lösung, der oft starken Labilität der Erwerbsunfähigkeit als Sachverhaltselement wegen getroffen, wirkt sich hin und wieder störend aus, "wenn die erhebliche Änderung bald nach Ablauf des dritten, sechsten oder neunten Jahres in Erscheinung tritt, weil dann die Rente während längerer Zeit oder sogar bis an das Lebensende in einer objektiv unrichtigen Höhe fixiert bleibt."[105] So erhöht die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt bei ganz erheblichen Verschlimmerungen - entgegen der Gesetzesregelung - die Rente auch während der revisionsfreien Zeit freiwillig[106]. Zu fordern ist dafür allerdings ein offensichtliches, eklatantes nachträgliches Auseinanderklaffen zwischen Sachverhalt und Rentenfestsetzung.

Das Militärversicherungsgesetz[107] läßt die Revision der Rente bei erheblicher Änderung der Erwerbsunfähigkeit jederzeit zu, womit natürlich der Vorteil der Stabilität preisgegeben ist. Der Gesetzgeber hatte die revisionsfreien Zeiten im Invalidenversicherungsgesetz ursprünglich eingeführt, später jedoch fallen gelassen[108]. Die revisionsfreien Zeiten hatten - so die Botschaft des Bundesrates[109] - vor allem

---

105) MAURER, A., S. 247
106) MAURER, A., S. 248, FN 139a
107) Art. 26 MVG
108) Vgl. Ziff I des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1967; AS 1968, S. 29; BBl 1967 I 653
109) BBl 1967 I 685

den Zweck, den Versicherten gegen allzu häufige Revisionen zu schützen und ihm eine gewisse Stabilität des Rentenbezugs zu garantieren. An die Rechtsbeständigkeit zuungunsten des Versicherten ist dabei offenbar weniger gedacht worden. Die revisionsfreien Zeiten seien indes mit dem Grundgedanken des Invalidenversicherungsrechts, der als Hauptanliegen die Eingliederung der Invaliden ins Erwerbsleben fordert, nicht vereinbar. Eine flexible Anpassungsmöglichkeit der Rente sei erforderlich[110].

3.43 Beispiel einer durch die Verwaltungspraxis fixierten Rechtsbeständigkeit

In einem Entscheid des Eig. Versicherungsgerichts[111], wo es um Spitalersatzhilfe ging, wurde folgendes ausgeführt:

> "Hat allerdings die Militärversicherung einmal durch ausdrückliche Verfügung das Vorhandensein eines Anspruches verneint, und ist die betreffende Verfügung mangels Weiterzugs in Rechtskraft erwachsen, so hat der Versicherte normalerweise sein Nachforderungsrecht verwirkt und muß, wenn er den Anspruch für die Zukunft erheben will, eine neue Verfügung veranlassen, die zu treffen die Militärversicherung nach bestehender Praxis vor Ablauf von 6 Monaten seit der früheren Verfügung nicht verpflichtet ist."

Der rechtserhebliche Sachverhalt setzt sich in casu aus Umständen zusammen, die die Bedürftigkeit für Spitalersatzhilfe ausmachen. Dieser Sachverhalt ist veränderlich. Ob er aber als derart labiler Zustand angesehen werden kann, daß eine Veränderung schwierig festzustellen und deshalb eine starre, zeitliche Begrenzung (6 Monate) der Rechtsbeständigkeit angezeigt ist, muß bezweifelt werden. Jedenfalls darf die sechsmonatige Frist für die Militärversicherung nicht genrell gelten, sondern nur hinsichtlich solcher

110) BBl 1967 I 685
111) EVG 1932, S. 165

Tatbestände, denen in der Regel labil verlaufende und in ihrer Veränderung schwer zu erkennende Sachverhaltszustände zugrundeliegen. Die im genannten Entscheid erwähnte Praxis ist in späteren Entscheiden nirgends mehr erwähnt.

3.44 Die Rechtsbeständigkeit ablehnender Verfügungen über Fähigkeitsprüfungen

Die Rechtsbeständigkeit von Entscheiden, in denen festgestellt wird, daß ein Kandidat die Prüfung nicht bestanden habe (ablehnende Verwaltungsverfügung), wird in den Prüfungsordnungen regelmäßig durch eine Frist fixiert. So bestimmt, das Reglement für die eidgenössische Maturitätsprüfung[112], daß sich der durchgefallene Kandidat frühestens nach einem halben Jahr zu einer zweiten Prüfung anmelden könne. Der Sachverhalt, das Wissen und die Fähigkeiten eines Kandidaten, sind schwierig festzustellen, ebenfalls die entsprechende Sachverhaltsveränderung. So kann die Zulassung zur erneuten Prüfung nicht vom Nachweis einer Sachverhaltsveränderung abhängig gemacht werden. Die Prüfungsreglemente gehen deshalb von der Fiktion aus, der Sachverhalt verändere sich wesentlich nicht vor Ablauf einer bestimmten Frist, und erreichen dadurch eine praktikable Lösung der Rechtsbeständigkeitsfrage hinsichtlich ablehnender Prüfungsentscheide. Nach dem erwähnten Maturitätsreglement[113], ist eine dritte Prüfung nicht gestattet. Dadurch wird mittels einer reglementarischen Fiktion - mögliche Sachverhaltsveränderung im Interesse der Endgültigkeit der Entscheidung nicht mehr berücksichtigend - absolute Rechtsbeständigkeit des zweiten negativen Prüfungsentscheids erreicht.

---

112) Art. 22 Abs. 1 des Reglementes vom 17. Dezember 1973 für die eidgenössische Maturitätsprüfung, SR 413.12
113) Art. 22 Abs. 4 des Reglementes vom 17. Dezember 1973 für die eidgenössische Maturitätsprüfung, SR 413.12

4. Die Rechtsbeständigkeit trotz wesentlicher Sachverhaltsveränderung (die materiellrechtlichen Kriterien der Rechtsbeständigkeit

Wie in den vorausgehenden Abschnitten[114] ausgeführt worden ist, verhält sich die Rechtsbeständigkeit einer Verfügung primär parallel zur Konstanz bzw. zur Veränderung des entscheidungserheblichen Sachverhaltselements. Nach Eintritt einer wesentlichen Veränderung dieses Elements steht der Weg zu einem neuen Sachentscheid in jedem Fall offen. Doch ist die - nun materiellrechtliche - Frage, ob eine Anpassung der getroffenen Verfügung erfolgen könne, damit noch nicht abschließend beantwortet. Der Anpassung, d.h. der späteren Änderung der durch die Verfügung ausgelösten Rechtsfolgen können erhebliche Interessen entgegenstehen. Es eröffnet sich hier die komplexe Problematik des Widerrufs von Verwaltungsakten. Im Zusammenhang mit dem negativen Verwaltungsakt braucht dieser Problemkreis jedoch nur gestreift zu werden, da der Widerruf einer Ablehnung zufolge eines veränderten Sachverhaltes kaum Fragen aufwerfen kann. Wenn es um die Anpassung einer Verfügung an einen veränderten Sachverhalt geht, muß eine Interessenabwägung (Wertabwägung[115]) vorgenommen werden. Gleich wie im Fall der Berichtigung[116] ist abzuwägen, "ob dem Postulat der richtigen Durchführung des objektiven Rechts oder dem Interesse an der Wahrung der Rechtssicherheit der Vorrang gebühre"[117].

Das Bundesgericht vermengt dabei die Sachverhalte, wo eine ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der Verfügung bzw. eine nachträgliche Inkongruenz zwischen Verfügung und Sachverhalt wegen mittlerweile eingetretener Sachverhaltsveränderung in Frage stehen. Im vorliegenden Zusam-

114) Vgl. § 10 II, S. 164
115) IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Aufl. S. 272
116) Vgl. § 6 II, S. 104 f
117) BGE 100 Ib 302, anstelle vieler auch BGE 94 I 346, BGE 91 I 95/96; vgl. auch GYGI, ZSR 1959 I, S. 408

menhang geht es allein um die an zweiter Stelle angeführte Gegebenheit, um die Anpassung ex nunc und nicht um die Berichtigung ex tunc; um den Widerruf (Geltungsbeendigung) und nicht um die Rücknahme (Geltungsvernichtung)[118].

Soweit das Rechtssicherheitsinteresse gegenüber dem Anpassungsinteresse im Einzelfall trotz Sachverhaltsveränderung überwiegt, bleibt die Rechtsbeständigkeit der Verfügung erhalten. Die entsprechende Feststellung ist ein neuer Sachentscheid, dem im Rahmen der Eintretensfrage methodisch richtigerweise die Feststellung vorangegangen sein muß, der Sachverhalt habe sich wesentlich verändert; sofern dennoch an der bisherigen Verfügung festgehalten wird, geschieht das nicht anhand verfahrensrechtlicher Kriterien, sondern anhand einer dem materiellen Recht (allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts) unterworfenen Interessenabwägung, derzufolge erkannt wird, daß das ehemals verfügte positive (oder negative) Rechtsverhältnis eine Änderung nicht ertrage, z.B. wohlerworbene Rechte[119]. Denn die spätere Entscheidung kann und darf nicht von der Veränderung abstrahieren, die eine frühere Entscheidung herbeigeführt hat[120].

Hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit negativer Verfügungen fehlt es in aller Regel am Gegensatz zwischen Rechtssicherheits- und Anpassungsinteresse, nachdem eine entscheidungserhebliche Sachverhaltsänderung eingetreten ist. Ein Rechtssicherheitsinteresse, das gegenüber dem Interesse an der nunmehrigen gänzlichen oder teilweisen Gutheißung des Antrages den Vorrang erhielte, geht von der ehemaligen Ablehnung durch Verfügung im allgemeinen nicht aus. Ausnahmen sind in

---

118) Vgl. zu dieser letztangeführten Terminologie WOLFF, S. 452; zu unterscheiden ist die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes von der Rechtswidrigkeit seiner Aufrechterhaltung, WOLFF, S. 435

119) IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung I, S. 184 und S. 214

120) KRAUSE, S. 164; FORSTHOFF, S. 260 f

analoger Weise denkbar, wie sie schon im Zusammenhang mit der Berichtigung dargestellt worden sind[121], unter Umständen fallen auch hier Interessen Dritter ins Gewicht. Der Unterschied liegt darin, daß die Interessenabwägung hier allein die Änderung oder den Widerruf der verfügten Rechtsfolgen ex nunc ins Auge faßt, während die Abwägung zwischen Rechtssicherheits- und Berichtigungsinteresse ebenfalls die Abänderung ex tunc in Betracht ziehen muß. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Anpassung ablehnender Verfügungen an einen veränderten Sachverhalt nie von der Formel (Abwägung zwischen Rechtssicherheits- und Anpassungsinteresse) Gebrauch gemacht. Diese Formel kommt hauptsächlich dort zum Zuge, wo das anzupassende Rechtsverhältnis für den Privaten günstig ist und dessen Vertrauen auf seinen Bestand geschützt werden soll, insbesondere, wo es um subjektive bzw. wohlerworbene Rechte des Privaten geht[122].

---

121) Vgl. § 6 II, S. 108 f
122) Vgl. z.B. BGE 100 Ib 303

§ 11 DIE IDENTITÄT DES ANWENDBAREN RECHTS

I. BEI UNVERÄNDERTER RECHTSLAGE

Die Verwaltungsbehörde hat das einschlägige Recht von Amtes wegen anzuwenden[1]. Sie hat danach einen Antrag innerhalb ihres sachlichen Zuständigkeitsbereiches[2] unter jedem möglichen rechtlichen Gesichtspunkt zu würdigen. Die Kehrseite davon ist unter anderem, daß eine negative Verfügung die verbindliche Feststellung der erlassenden Behörde ausdrückt, die beantragte und abgelehnte Begünstigung sei unter keinem Aspekt des materiellen Rechts, für dessen Anwendung sie zuständig sei, begründet oder der in der Eingabe genannte und durch die Behörde eventuell ergänzte Sachverhalt begründe unter keinem Aspekt desselben Rechts eine Begünstigung. Die Rechtskraft einer ablehnenden Verfügung reicht also grundsätzlich soweit, daß der Antragsteller nicht in einem zweiten Begehren anführen kann, zwar sei sein Antrag zugegebenermaßen nach Maßgabe der in der Begründung der Verfügung angeführten Normen abzuweisen, er dringe aber durch unter dem Aspekt anderer Rechtsnormen, für deren Anwendung dieselbe Behörde zuständig sei[3].

---

1) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 62; die dortigen Ausführungen beziehen sich nur auf die Rechtsanwendung im Verwaltungs- und Zivilprozeß. Der Grundsatz, wonach die entscheidende Instanz das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat, gilt selbstverständlich auch für das erstinstanzliche Verfügungsverfahren. Hinsichtlich des Zivilprozesses KUMMER, Klagerecht, S. 101 f

2) Vgl. KUMMER, Klagerecht, S. 102; bei Unzuständigkeit ist die Behörde nach Art. 8 VwG verpflichtet, die Sache an die zuständige Behörde zu überweisen.

3) Vgl. bezüglich der klageabweisenden Zivilurteile KUMMER, Klagerecht, S. 102

II. BEI NACHTRÄGLICH VERÄNDERTER RECHTSLAGE

Die Rechtsbeständigkeit ist nicht nur durch die Konstanz des entscheidungserheblichen Sachverhaltselements, sondern in gewissen Fällen auch durch die Konstanz des angewandten Rechts begrenzt. Die Rechtsbeständigkeit einer ablehnenden Verfügung kann einem neuen Antrag dann nicht mehr entgegengehalten werden, wenn der Rechtssatz, in dessen Anwendung die Ablehnung erfolgt ist, später in einem dem Antragsteller günstigen Sinn abgeändert wird und der beurteilte Sachverhalt vom zeitlichen Geltungsbereich der Änderung erfaßt wird[4].

Von einer späteren Rechtsänderung werden zurückliegende in sich abgeschlossene Sachverhalte nicht erfaßt, wenn die Änderung nicht mit einer Rückwirkungsklausel versehen ist. Daher kann der Rechtskraft einer Ablehnung, die sich auf einen derartigen Sachverhalt stützt, die Rechtsänderung grundsätzlich nicht entgegengehalten werden.

> Nach Art. 62 Abs. 1 KUVG[5] beginnt die Versicherung "mit dem Beginn des Tages, an dem die Arbeit auf Grund der Anstellung angetreten wird oder hätte angetreten werden sollen, in jedem Fall aber mit Antritt des Weges zur Arbeit". Nach dem früheren Art. 62 Abs. 1 KUVG begann der Versicherungsschutz erst mit dem Antritt der Arbeit im Betrieb, nicht schon mit dem erstmaligen Gang zur Arbeit[6]. Hat der Antragsteller unter der Herrschaft des alten Rechts beim ersten Gang zur Arbeit einen Unfall erlitten, so mußten ihm Unfallversicherungsleistungen verweigert werden. Nach völliger Genesung könnte er später, aufgrund der neuen Rechtslage, nicht einen neuen rückwirkenden Antrag auf Versiche-

4) Vgl. GRUNSKY, S. 460; im übrigen ANTONIOLLI, S. 218; zur deutschen Rechtsprechung MENGER, Verw. Archiv, Jg. 1963 S. 92; Jg. 1965, S. 84: "Die materielle Bestandeskraft des Verwaltungsaktes hat nun allerdings ihre Grenzen dort, wo eine Veränderung der Sach- und Rechtslage eintritt."
5) Revidierte Fassung vom 19. Juli 1959
6) MAURER, A., S. 62

rungsleistungen stellen, da die Rechtsänderung den zeitlich in sich abgeschlossenen, zurückliegenden Sachverhalt nicht mehr erfaßt.

Anders verhält es sich, wenn die Rechtsänderung eine zulässige Rückwirkungsklausel enthält, nach deren Maßgabe der zurückliegende, zeitlich in sich abgeschlossene Sachverhalt vom Geltungsbereich der Änderung noch erfaßt wird. Insofern vernichtet die Änderung die res-iudicata-Wirkung der früheren Verfügung[7].

Vom zeitlichen Geltungsbereich einer Rechtssatzänderung können zeitlich ungebundene Sachverhalte oder teilweise Dauersachverhalte erfaßt werden, die früher schon Gegenstand einer ablehnenden Verfügung waren. Daher kann die Rechtskraft einer ablehnenden Verfügung gegebenenfalls einem neuen Antrag nicht entgegengehalten werden, soweit der Antrag auf die Zukunft gerichtet ist.

Dasselbe, vormals abgewiesene Baugesuch kann z.B. erneuert werden, wenn mittlerweile die Baurechtsnorm abgeändert worden ist, die die Abweisung begründet hatte. Baugesuche fußen auf zeitlich ungebundenen Sachverhalten.

Bei Dauersachverhalten, die in die Zeit des neuen Rechts hineinreichen, stellt sich die Frage, "ob Leistungen nach neuem Recht vom Zeitpunkt des Inkrafttretens an auch in Fällen zu erbringen seien, in welchen der anspruchsbegründende Sachverhalt bereits vor Geltung des neuen Rechts eingetreten ist"[8]. Das ist primär nicht eine Frage der Rechtskraft einer eventuell früher erfolgten ablehnenden Verfügung, sondern eine Frage des Übergangsrechts.

Knüpfen wir an das oben erwähnte Beispiel betreffend des nach altem Recht nicht versicherten Unfalls an: Wie ist zu entscheiden, wenn der Verunfallte durch den Unfall invalid geworden ist und die Invalidität als Dauersachverhalt in den zeitlichen Geltungsbereich der Gesetzesänderung hineinreicht? Kann er die Invaliden-

---

7) Vgl. BVerw. GE 41, S. 39
8) BGE 99 V 203

rente aufgrund des revidiereten KUVG für die Zukunft beantragen oder ist darüber rechtskräftig in ablehnendem Sinn entschieden worden? Das ist eine Frage des Übergangsrechts, die sich losgelöst von der Tatsache stellt, daß früher eine ablehnende Verfügung getroffen worden ist. Das Übergangsrecht muß sich damit auseinandersetzen, welche Sachverhalte die neuen Rechtssätze in zeitlicher Hinsicht erfassen sollen. Falls das neue Recht die Invalidität ex nunc erfassen will, obwohl sie durch einen zurückliegenden Unfall entstanden ist, steht die frühere Ablehnung einer neuen Verfügung in der Sache selbstverständlich nicht entgegen.

Ein einleuchtendes Beispiel hiefür liefert zudem der Sachverhalt eines Entscheides des Eidg. Versicherungsgerichts[9]: Zunächst wurde eine Witwenrente aufgrund der Rechtslage vor der 8. AHV-Revision verweigert. Nach der 8. AHV-Revision stellte die Witwe aufgrund der neuen, das Recht auf Witwenrente weiterfassenden Rechtslage ein neues Gesuch um Entrichtung der Witwenrente für die Zukunft. Daß diesem Gesuch die Rechtskraft der erfolgten Ablehnung nicht entgegengehalten werden kann, ist derart selbstverständlich, daß sich das Sozialversicherungsgericht damit gar nicht befaßt hat. Die Problematik liegt im Übergangsrecht.

III. ÄNDERUNG DER VERWALTUNGSPRAXIS BZW. DER RECHTSPRECHUNG

Weiter stellt sich die Frage, ob die Änderung der Verwaltungspraxis oder der Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit von (ablehnenden) Verfügungen der Änderung der Rechtssätze gleichzustellen sei.

Die bundesdeutsche Rechtsprechung und die dort wohl herrschende Meinung[10] sieht in der nachträglich höchstrichterlichen Klärung einer Rechtsfrage gegebenenfalls den Nachweis für eine bisherige falsche Rechtsauslegung und damit für die Rechtswidrigkeit des auf ihr beruhenden Verwaltungsaktes. Entsprechend gibt die höchstrichterliche Klärung im Falle des

9) BGE 99 V 200 ff
10) WOLFF, S. 470, Ziff. 2, s. die dort angeführten Entscheide.

Widerspruchs einen Wiederaufnahmegrund ab[11]. Nach schweizerischer Rechtsauffassung liegt insofern gerade kein Revisionsgrund vor[12]. Das Eidg. Versicherungsgericht nimmt hiezu bezüglich einer ablehnenden Verfügung zutreffend folgendermaßen Stellung[13]:

> "In Fällen, in denen erst auf Grund eines Gerichtsurteils erkannt wird, daß man einem Versicherten nach Gesetz geschuldete Leistungen vorenthielt, erscheint es im übrigen als richtig, wenn die Verwaltung die ergangene Verfügung in der Regel nur auf Gesuch hin und nur für die Zeit seit Einreichung des Gesuchs zurücknimmt. Die Abklärung eines gesetzlichen Anspruches durch die Rechtsprechung soll nicht zu einer rückwirkenden Aufhebung der als unrichtig erkannten Verfügung von Amtes wegen führen."

Damit ist klar ausgedrückt, daß ein späteres der ablehnenden Verfügung widersprechendes Urteil auf deren Rechtskraft dieselbe Wirkung hat wie eine spätere Rechtssatzänderung ohne Rückwirkungsklausel.

> Das Eidg. Versicherungsgericht[14] führt demgegenüber in einem früheren Entscheid folgendes aus: "Nach dem anwendbaren kantonalen Recht ist jedoch wegen Änderung der Rechtsanschauung die einzig in Betracht fallende Revision jenes zeitlich unbeschränkt geltenden Rekursentscheides ausgeschlossen, was zur Abweisung der Berufung führt."
>
> Im fraglichen Rekursentscheid wurde die Ausrichtung einer ordentlichen Rente abgelehnt. Das Gericht geht unrichtigerweise davon aus, daß eine Revision (Berichtigung ex tunc) zur Diskussion stehe. Es geht jedoch in casu um die Anpassung (ex nunc) an die neue

---

11) WOLFF, S. 472; vgl. jedoch BVerw. GE 17, S. 256 ff (260), dort wird die Änderung der Rechtsprechung der Änderung der Rechtslage (Gesetzesänderung) gleichgesetzt.
12) Vgl. § 4 II, 2.1, S. 86
13) EVG 1964, S. 48
14) EVG 1960, S. 231

Rechtspraxis[15]. Ob die frühere Ablehnung durch eine Verfügung oder durch einen Rekursentscheid erfolgte, sollte für den Anspruch auf die Anpassung an eine neue höchstrichterliche Rechtsprechung keinen Einfluß haben, wie das Sozialversicherungsgericht[16] ausführt: "Anders ist die Rechtslage, wenn in einer AHV-Sache bloß eine administrative Verfügung ergeht. Selbst wenn es sich dabei um den Bescheid über eine ordentliche Rente handelt, der grundsätzlich unbefristet gilt, darf die Ausgleichskasse auch bei Identität von Streitgegenstand und Parteien die ergangene Verfügung abändern, sofern sie in tatbeständlicher oder rechtlicher Hinsicht offensichtlich unrichtig ist. Dabei läßt sich die offensichtliche Unrichtigkeit der Verfügung in rechtlicher Hinsicht unter Umständen auf Grund eines späteren, in anderer Sache ergangenen Urteils feststellen (...)."[17] Wie verhält es sich, wenn ein Rekursentscheid offensichtlich unrichtig ist? Warum ein seinem Inhalt nach ablehnender Rekursentscheid einer neuer widersprechenden höchstrichterlichen Rechtsprechung besser standhalten kann als eine ablehnende Verwaltungsverfügung, ist unerfindlich.

Im übrigen meint IMBODEN[18], die Abänderung einer Verfügung wegen nachträglicher Praxisänderung sei im Prinzip nicht Anpassung, sondern Berichtigung; die ergangene Verfügung werde nachträglich als fehlerhaft, und zwar als von Anfang an fehlerhaft erkannt. Das ist m.E. nicht richtig, es sei denn, das anderweitige Urteil mache auf eine offensichtliche Unrichtigkeit der Verfügung aufmerksam, was nicht der Fall zu sein braucht[19].

In Frage kommt nur eine Anpassung der Verfügung an die neu eingeführte Rechtsprechung ex nunc[20]. Ablehnungen aufgrund zurückliegender, zeitlich in sich abgeschlossener Sachver-

---

15) "Als die Versicherte vom Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts vom ... in Sachen ... erfuhr, reichte sie der Ausgleichskasse ein neues Rentengesuch ein, in dem sie die Ausrichtung einer Rente vom 1. Februar 1958, also vom Datum dieser Praxis hinweg, anbegehrte." EVG 1960, S. 227

16) EVG 1960, S. 230 f

17) Vgl. hiezu die entsprechenden Ausführungen zur Nichtigkeit § 5 II, S. 95 ff

18) IM BODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Aufl., S. 274

19) Vgl. die entsprechenden Ausführung zur Nichtigkeit § 5 II, S. 99 ff

20) Vgl. BVerw. GE 17, S. 256, wo nicht klar zum Ausdruck kommt, ob die Änderung der Rechtsprechung einzig eine Anpassung ex nunc bewirke.

halte fallen für die Anpassung an die neue Rechtsprechung danach außer Betracht. Der Anpassung an die neue Rechtsprechung sind mithin nur Ablehnungen zugänglich, die auf einem Sachverhalt beruhen, der zur Zeit der neuen Praxis noch aktuell ist (zeitlich ungebundene Sachverhalte) oder als Dauersachverhalt in diese Zeit hineinreicht. Analog dem Vorgehen bei einer Rechtssatzänderung ist im Einzelfall zu entscheiden, ob ein Sachverhalt in zeitlicher Hinsicht von einer neuen Praxis noch erfaßt wird.

Ob die abweichende Rechtsprechung neu eingeführt worden oder ob insoweit eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung erfolgt ist, spielt für die vorliegenden Betrachtungen keine Rolle[21]. Desgleichen ist die Änderung der Verwaltungspraxis hinsichtlich der Rechtskraft ablehnender Verfügungen der Änderung der Rechtsprechung gleichzustellen.

Das Prinzip, wonach ablehnende Verfügungen einer neuen Praxis auf Antrag in ex nunc angepaßt werden müssen, ist Ausfluß der Rechtsgleichheit. Diejenigen Antragsteller, die ihr Gesuch vor der Praxisänderung eingereicht haben, sollen gegenüber denjenigen, die nachher das Begehren stellten, wenigstens für die Zukunft nicht schlechter dastehen. Die Zulässigkeit des Anpassungsanspruch erträgt indes keine Verallgemeinerung. Jedenfalls steht ihm hinsichtlich des Zivilurteils der Schutz des Vertrauens der Gegenpartei entgegen[22],

---

21) Fraglich nach einem obiter dictum EVG 1964, S. 47; die beiden Tatbestände offenbar gleichgestellt bei WOLFF, S. 470. IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, 5. Auflage, S. 274, unterscheidet zwischen einer neuen, wenig verbreiteten Praxis und einer Praxis, die in einem solchen Maße allgemeine Verbreitung erhalte, daß deren Nichtbefolgung als Verstoß gegen das Gleichheitsgebot erscheine; unter dieser Voraussetzung sei die nämliche Situation gegeben wie im Falle einer nachträglichen Änderung des objektiven Rechts.

22) Vgl. GRUNSKY, S. 447

der die Rechtsbeständigkeit des Zivilurteils insoweit gegenüber derjenigen des Verwaltungsaktes verstärkt. Was die Verwaltungsakte betrifft, muß in auf den Einzelfall bezogener Abwägung entschieden werden, ob der Anpassung nicht überwiegende Interessen gegenüberstehen[23]. Im Falle des ablehnenden Verwaltungsaktes fehlt es in aller Regel an einem schutzwürdigen Interesse der Verwaltung, das dem Interesse des Antragstellers, die ablehnende Verfügung an die neue Praxis (ex nunc!) anzupassen, entgegensteht[24].

23) Vgl. EVG 1957, S. 175 ff; BGE 100 Ib 299 ff, in dem es um die Anpassung der Verfügung, durch die eine Polizeibewilligung eingeräumt worden war, an eine neue Verwaltungspraxis ging. Das Bundesgericht ließ die Anpassung nicht zu, da die schützenswerten Interessen des Verfügungsadressaten sich gegen den Entzug der Bewilligung wandten.

24) Vgl. § 6 II, 2, S. 107; § 10 II, 4, S. 205

§ 12 DIE TRAGWEITE DER RECHTSKRAFT IN SUBJEKTIVER HINSICHT

I. EINLEITUNG

Zu fragen ist schließlich, wer von der Rechtskraft einer ablehnenden Verfügung erfaßt wird; wer den Einwand der res iudicata wem entgegenhalten kann. Auszugehen ist vom Grundsatz 'res iudicata ius facit nisi inter partes'[1]. Das entspricht der Erkenntnis, daß niemand von der Rechtskraft eines Entscheids betroffen sein soll, der nicht Gelegenheit hatte, als Partei auf den Ausgang des Entscheids einzuwirken[2].

Die Zivilprozeßlehre mußte sich dieser Frage mit großer Akribie widmen[3]. Hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens scheinen sich entsprechende Probleme nicht zu stellen. Jedenfalls befaßt sich das Bundesgericht (einschließlich das Eidg. Versicherungsgericht) soweit ersichtlich in keinem seiner Entscheide mit dem Problem der subjektiven Rechtskraftgrenzen von Verfügungen. Desgleichen sah sich die neuere Rechtsliteratur nicht veranlaßt, entsprechende Fragen eingehend zu analysieren. Das liegt wohl darin begründet, daß es bei Verfügungen in den allermeisten Fällen gar nicht zur Frage nach der subjektiven Tragweite der Rechtskraft kommen kann, da Verschiedenheit der Parteien in der Regel bereits Verschiedenheit des Verfügungsgegenstandes bedeutet. In den anderen Fällen treten die theoretisch denkbaren Anlässe zur entsprechenden Fragestellung praktisch kaum je ein.

Soweit ersichtlich behandelt einzig die aus dem Jahre 1886 stammende Studie BERNATZIK's[4] die Tragweite der

---

1) z.B. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 163; WOLFF, S. 446; im Zivilprozeß: GULDENER, S. 308; KUMMER, Klagerecht, S. 136; GRUNSKY, S. 472
2) GRUNSKY, S. 470; ähnlich KUMMER, Klagerecht, S. 139 f
3) Vgl. Kummer, Klagerecht, S. 136
4) BERNATZIK, S. 181 ff

materiellen Rechtskraft von Verwaltungsakten in subjektiver Hinsicht. Dabei geht BERNATZIK[5] von folgendem Satz aus: "Im Verwaltungsrecht verbindet die materielle Rechtskraft alle faktischen Interessen, rechtliche Interessen aber nur dann, wenn ihnen die von der Rechtsordnung gewährten Parteirechte eingeräumt wurden." Als Inhalt des rechtlichen Interesses bezeichnet BERNATZIK[6] das Recht, vor der Behörde als Partei aufzutreten; wer sich bloß über faktische Interessen ausweise, habe keinen Anspruch auf ein Verfahren. Von dieser Ausgangslage aus verkehrt BERNATZIK für das Verwaltungsrecht den Satz 'res iudicata ius facit nis inter partes' in die Maxime 'res iudicata ius facit inter omnes'. Im Privatrecht liege die Sache anders; die Gesamtheit sei an einem Privatrechtsverhältnis nicht interessiert; daher folge keine Ladung von Amtes wegen, daher binde auch das Urteil niemand als die Streitteile[7]. Die Umkehrung des 'nisi inter partes' für das Verwaltungsrecht ist indes nicht sachgerecht. Die 'res iudicata' kann hier wie dort nur denjenigen Personen entgegengehalten werden, die im Verfahren Parteistellung hatten und alle Angriffs- und Verteidigungsrechte (Parteirechte) wahren konnten. Den Einwand der 'res iudicata' erheben können ebenfalls nur Rechtssubjekte, die als Partei auf den rechtskräftigen Entscheid hingewirkt haben, so die Verwaltung oder allfällige Dritte (Einsprecher). Die rigorose Ausweitung der Rechtskraft auf einen weiteren Kreis oder auf 'omnes' widerspräche allen rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen.

Die am ablehnenden Verwaltungsakt aktiv beteiligten Rechtssubjekte (Personen mit Parteistellung) sind der Antragsteller, allfällige Dritte (Einsprecher, die an der Ablehnung ein schutzwürdiges Interesse haben, oder Personen, gegen die sich die beantragte Anordnung direkt richtet) und die Verwaltungseinheit, für die die Behörde entscheidet.

Hinsichtlich desselben Verfügungsgegenstandes, dürfte jeweils nur eine einzige Verwaltungseinheit als Rechtssubjekt in Betracht fallen. Ausnahmen sind jedenfalls kaum denkbar. Zu erwähnen ist höchstens etwa der Umstand, daß mehrere anerkannte Krankenkassen, denen je Verfügungskompetenz zusteht, vom selben Versicherten für denselben Versicherungsfall belangt werden. Die Ablehnung der einen Kasse begründet nicht die Einrede der entschiedenen Sache für die andere Kasse.

---

5) BERNATZIK, S. 189
6) BERNATZIK, S. 186
7) BERNATZIK, S. 189 ff

Der Einsprecher, etwa der Nachbar im Baubewilligungsverfahren, kann bei einem erneuten identischen Antrag 'res iudicata' geltend machen, sofern der Sachverhalt mit dem beurteilten identisch ist und kein Revisions- oder Nichtigkeitsgrund bezüglich der ersten Ablehnung vorliegt. Dieses Recht hat allerdings nur, wer sich im ersten Verfahren als Einsprecher (Partei) engagiert hat.

Im vorliegenden Zusammenhang konzentriert sich das Interesse auf die Identität des Antragstellers.

II. DIE IDENTITÄT DES ANTRAGSTELLERS

1. Der Antragsteller

Hinsichtlich der antragsbedingten Verfügung - die ablehnende ist als solche antragsbedingt - ist auf der einen Seite der Antragsteller Rechtssubjekt, da er von der veranlaßten Verfügung in seinen Rechten zwangsläufig berührt ist[8]. Demzufolge läßt sich der Grundsatz 'res iudicata ius facit nisi inter partes' in die Formel übertragen, daß einem von anderen Personen gestellten Antrag die Rechtskraft einer Verfügung nicht entgegenstehen darf[9].

Dem steht die Forderung gegenüber, daß widersprechende Verfügungen über denselben Gegenstand zu vermeiden sind. Zwischen diesen beiden sich entgegenstehenden Gesichtspunkten muß die vermittelnde Lösung gefunden werden[10].

Zunächst stellt sich allerdings die Frage, inwiefern widersprüchliche Verfügungen in derselben Sache praktisch ergehen können, indem mehrere Antragsteller je selbständig hinsichtlich des identischen Verfügungsgegenstandes antragsbefugt

8) Vgl. Art. 6 VwG, auch Art. 13 VwG
9) ANTONIOLLI, S. 218
10) KUMMER, Klagerecht, S. 140

sind. Meist verhält es sich so, daß bezüglich desselben Sachverhalts nur ein einziger Antragsteller bzw. sein Rechtsnachfolger denselben Antrag zu stellen legitimiert ist, weil Verfügungsgegenstände mit den daran beteiligten Rechtssubjekten aufgrund des materiellen Rechts vielfach eng verknüpft sind. Diese Verknüpfung bewirkt, daß fehlende Identität des Antragstellers zugleich fehlende Antrags- bzw. Sachverhaltsidentität bedeutet. So kann es praktisch von vorneherein nur in einem kleinen Teil der Fälle zur Frage nach der Identität des Antragstellers kommen, wenn die Grenzen der Rechtskraft zur Diskussion stehen.

> Erleidet ein Versicherter einen Unfall, kommen nur er oder seine Rechtsnachfolger als Antragsteller hinsichtlich dieses Sachverhalts und der ihm allfällig zustehenden Unfallversicherungsleistungen in Frage. Eine Mehrheit von Antragsteller zum selben Verfügungsgegenstand ist darüber hinaus ausgeschlossen. - Die Invalidenrente aus dem Invalidenversicherungsgesetz kann hinsichtlich desselben Sachverhalts nur der Betroffene beantragen. - Das Namensänderungsgesuch, das Gesuch um Entlassung aus der Verwahrung oder das Gesuch zur Eintragung einer Firma ins Handelsregister, usw. können hinsichtlich desselben Antragsinhaltes und desselben Sachverhalts nur von je einem Antragsteller gestellt werden.

Immerhin sind Fälle denkbar, wo eine Mehrheit von Personen als Antragsteller hinsichtlich desselben Verfügungsgegenstandes in Frage kommen:

> a) Der stadtbernische Apothekerverein und 23 stadtbernische Apotheker stellten dem Eidg. Energie- und Verkehrswirtschaftsdepartement - als der Eisenbahnaufsichtsbehörde - den Antrag, der SBB die Eröffnung einer Bahnhofapotheke mangels Bedürfnisses zu untersagen. Der Antrag wurde abgewiesen. Können später weitere stadtbernische Apotheken, die im ersten Verfahren nicht beteiligt gewesen sind, ebenfalls selbständig einen Antrag mit entsprechendem Inhalt stellen oder kann ihnen die Einrede der res iudicata entgegengehalten werden?Die Frage dürfte entsprechend dem Grundsatz 'nisi inter partes' zu verneinen sein. Andere Apotheker dürfen das Verfahren, das von dritter Seite eingeleitet worden ist und in dem sie nicht als Partei mitgewirkt haben, nicht belasten, indem

es ihre verfahrensrechtliche Position schlechter stellt[11].

b) Ein Anleger stellte bei der Bankenkommission den Antrag, der Revisionsgesellschaft sei die Bewilligung zur Tätigkeit als Revisionsstelle beim Anlagefonds zu entziehen. Der Antrag wurde mit Nichteintretensverfügung beschieden, da den Anlegern die Legitimation zu einem solchen Antrag fehle. Kann die res-iudicata-Wirkung dieser ablehnenden Verfügung (es könnte auch ein ablehnender Sachentscheid sein) einem anderen Anleger, der sich auf denselben Sachverhalt beruft und denselben Antrag stellt, entgegengehalten werden? Auch diese Frage ist zu verneinen[12].

c) Der Marke "BIOCLINIQUE" wurde der Schutz verweigert, da sie als Sachbezeichnung anzusehen sei und zudem täuschen könne[13]. Kann das Eidg. Amt für geistiges Eigentum dem Antragsteller B, der später ebenfalls die Eintragung der Marke "BIOCLINIQUE" verlangt, die Rechtskraft der Verfügung gegen den Antragsteller A entgegenhalten? Beide Male steht derselbe individualisierte Antrag[14] als Verfügungsgegenstand zur Diskussion. Auch hier ist die Frage entsprechend der allgemeinen Regel zu verneinen.

d) Im Baubewilligungsverfahren ist im allgemeinen nicht allein der Grundeigentümer zur Stellung des Baugesuches befugt[15]. Selbst jede andere Drittperson ist hiezu berechtigt. Daher kann der Fall eintreten, daß der Gesuchsteller B, nachdem ein Gesuch des A abgewiesen worden ist, für dasselbe Projekt auf demselben Grundstück (identischer Antrag und identischer Sachverhalt) das Baugesuch stellt. Hat die Baubewilligungsbehörde wegen Fehlens der Identität der Parteien einen neuen Sachentscheid zu treffen? Oder ist vielmehr die Lösung sachgerech, wonach ein Baubewilligungsentscheid nicht mit der Person des Gesuchstellers verbunden ist, sondern mit dem bezüglichen Grundstück, so daß der entpsrechende Bauabschlag gegenüber jedermann gilt? Die Frage hat sich möglicherweise in der Praxis noch nie gestellt. M.E. wäre die zweite Lösung sachgerecht. Der Bauabschlag kann allerdings dann nicht gegenüber jedermann, sondern allein gegenüber dem Gesuchsteller gelten, wenn der Ablehnungsgrund in der Person des Gesuchstellers liegt, so wenn dem Nichtlandwirt das Bauen außerhalb der Bauzone wegen

---

11) Der Sachverhalt ist aus BGE 97 I 592 ff entnommen, ohne daß in diesem Entscheid die hier angeschnittene Problematik erörtert werden mußte.
12) Sachverhalt aus BGE 98 Ib 53 ff
13) Sachverhalt aus BGE 101 Ib 14 ff
14) Vgl. § 9 III, S. 132
15) Vgl. die Ausführungen von LEUTENEGGER, S. 118 ff

Mißlingens des Nachweises eines sachlich begründeten Bedürfnisses hiefür[16]) verweigert wird. Der Landwirt ist unter Umständen in der Lage, für denselben Wohnbau auf demselben Grundstück ein sachlich begründetes Bedürfnis nachzuweisen (zweckbedingte Standortgebundenheit des landwirtschaftlichen Wohnhauses). In derartigen Fällen fehlt allerdings schon die Identität des rechtserheblichen Sachverhalts, weshalb die Identität des Antragstellers gar nicht zur Diskussion gestellt werden muß.

e) Das Gastwirtschaftspatent ist persönlich[17]). Es "gewährt dem Inhaber nur ein persönliches, an bestimmte Räumlichkeiten gebundenes Recht". Für die Erteilung sind Eigenschaften in der Person des Gesuchstellers sowie solche des Lokals vorausgesetzt. Zudem unterliegt sie der Einschränkung der Bedürfnisklausel.

Wurde das Patent aus persönlichen Gründen des Gesuchstellers verweigert, kann ein Dritter selbstverständlich hinsichtlich desselben Lokals ein gleichlautendes Gesuch stellen. In diesem Fall fehlt nicht nur die Identität des Antragstellers, sondern auch diejenige des rechtserheblichen Sachverhalts. Fraglich erscheint jedoch die verfahrensrechtliche Stellung eines zweiten Antragstellers, wenn das Gesuch dem ersten aus Gründen, die im Lokal liegen, verweigert worden ist. Die Verfügung, wonach ein bestimmtes Lokal in seinem Zustand als Wirtshaus nicht tauglich ist, dürfte gegenüber jedem weiteren Antragsteller gelten.

2. Die Rechtsnachfolger

Ferner stellt sich die Frage, wie der Rechtsnachfolger des abgewiesenen Antragstellers gegenüber der Rechtskraft der ablehnenden Verfügung verfahrensrechtlich gestellt ist. Rechtsnachfolger (Zessionar, Erbe) gelten als identisch mit ihren

16) Nach Art. 20 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung, SR 811.20 und Art. 27 der Allgemeinen Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972, SR 814.201

17) Vgl. z.B. Art. 4 ff des Wirtschaftsgesetzes vom 26. Februar 1945 St. Gallen, Gesetzessammlung, N.R. Bd. 6, S. 226

Rechtsvorgängern[18].

Die Frage stellt sich natürlich nur dort, wo der öffentlichrechtliche vermeintliche oder wirkliche Anspruch übertragbar bzw. vererblich ist. Öffentlichrechtliche Ansprüche und Pflichten sind häufig persönlicher Natur und daher nicht übertragbar[19]. In anderen Fällen ist die Zession öffentlichrechtlicher Ansprüche nicht ausgeschlossen[20]. Vermögensrechtliche Ansprüche aus öffentlichem Recht sind grundsätzlich übertragbar und vererblich; gesetzliche Ausnahmen kommen vor[21]. Die Vererbung kann durch den Zweck, der mit der Anspruchsgewährung verfolgt wird, ausgeschlossen sein[22]. Zu Lebzeiten entstandene Invaliden- oder Unfallversicherungsansprüche beispielsweise gehen im Todesfall an die Erben über.

In den Fällen, in denen die Zession möglich ist, wirkt die Rechtskraft der Ablehnung eines Anspruches des Zedenten auch gegen den Zessionar, der den vermeintlichen Anspruch erworben hat. Nur auf diese Weise ist zu verhindern, daß die Rechtskraft einer Ablehnung durch Zession umgangen werden kann[23]. Auch der Erbe kann nach erfolgter Ablehnung gegenüber dem Erblasser einen neuen, identischen Antrag aufgrund desselben Sachverhalts nicht stellen, da der Erbe hinsichtlich desselben Anspruches verfahrensrechtlich nicht besser gestellt sein soll als der Erblasser.

---

18) Vgl. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 163, der allerdings nur den Gesamtrechtsnachfolger als mit dem Vorgänger identisch ansieht, nicht den Einzelrechtsnachfolger; worin diese Einschränkung begründet liegt, ist nicht ersichtlich. Von der Rechtskraft betroffen muß auch der Einzelrechtsnachfolger sein, sonst hätte es der abgewiesene Antragsteller in der Hand, die Möglichkeit eines neuen Sachentscheides damit herbeizuführen, daß er sein wirkliches oder vermeintliches Recht einem Dritten überträgt, GULDENER, S. 308
19) Vgl. GIACOMETTI, S. 324; GRISEL, S. 327
20) GRISEL, S. 328
21) Vgl. z.B. Art. 96 Abs. 1 KUVG; Art. 20 Abs. 1 AHVG
22) GRISEL, S. 329, dort zit. DOeV 1966, Bd. 19, S. 285
23) Vgl. Kummer, Klagerecht, S. 202